

DIE TEILNICHITIGKEIT DES ARBEITSVERTRAGES
IM INDIVIDUALARBEITSRECHT

Stavros Gardikas

1974

Die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages im
Individualarbeitsrecht

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Ludwig - Maximilians - Universität
zu München

vorgelegt von

Stavros Gardikas
aus Griechenland

1974



Referent: Professor Dr. Götz Hueck

Korreferent: Professor Dr. Claus-Wilhelm Canaris

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Juli 1974

Meinen Onkel

Constantin G. Gardikas

I N H A L T

	Seite
Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	VI
Abkürzungsverzeichnis	XXV
§ 1 Einleitung	1
I. Das Problem	1
II. Die Unzulänglichkeit des § 139 BGB als all- gemeine Teilnichtigkeitsbestimmung im Indivi- dualarbeitsrecht	1
III. Ziel und Aufbau der Arbeit, Begrenzung des Themas	4
 <u>Erster Abschnitt</u>	
Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages aufgrund Ver- letzung von Gesetzen, die <u>nicht</u> den Schutz des Arbeit- nehmers bezwecken	6
 <u>Erster Unterabschnitt</u>	
Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen nach § 139 BGB	6
§ 2 Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht	7
I. Kein Hindernis für die Anwendung des § 139 BGB aus dem besonderen Wesen des Arbeits- verhältnisses	7
II. Keine generelle Ausschaltung der Anwendung des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht	10
§ 3 Anwendungsbereich des § 139 BGB	12
I. Recht des Arbeitsverhältnisses	12
II. § 138 BGB	15
§ 4 Rechtliche Behandlung der teilnichtigen Arbeits- verträge nach § 139 BGB	21
I. Voraussetzungen des § 139 BGB	21

	Seite
II. Lösungsmöglichkeiten nach § 139 BGB:	
Totalnichtigkeit oder Restgültigkeit	25
1. Grundsatz der Totalnichtigkeit in § 139 BGB	25
2. Parteiwille als das herrschende Element in § 139 BGB	28
3. Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens	30
a) Wirklicher oder hypothetischer Parteiwille	30
b) Verfahren zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens	31
 <u>Zweiter Unterabschnitt</u>	
Rechtsfolgen der Anwendung des § 139 BGB für den Arbeitsvertrag	39
§ 5 Rechtsfolgen der Totalnichtigkeit	39
I. Vor Arbeitsaufnahme	40
II. Nach Arbeitsaufnahme	40
1. Die Zeit bis zur Geltendmachung des Teilnichtigkeits- bzw. Teilanfechtungsgrundes	41
a) Abwicklungsschwierigkeiten nach Bereicherungsrecht	41
b) Ausschluß der ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit bzw. erfolgreichen Anfechtung	45
2. Die Zeit nach der Geltendmachung des Teilnichtigkeits- bzw. Teilanfechtungsgrundes	54
III. Ergebnis	55
§ 6 Die Rechtsfolgen bei Restgültigkeit	56
I. Rückwirkung der Nichtigkeit des "Teils"	56
II. Ergänzung der entstandenen Arbeitsvertragslücke	57
III. Ergebnis	58

Zweiter Abschnitt

Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages aufgrund Ver- letzung von Arbeitnehmerschutzgesetzen	60
--	----

Erster Unterabschnitt

Der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts	60
--	----

§ 7 Die Gesetze im Rahmen des Arbeitnehmerschutz- rechts	60
I. Arbeitnehmerschutzrecht im engeren Sinn	60
II. Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn	61
1. Recht des Arbeitsverhältnisses	61
2. Grundrechte	63

Zweiter Unterabschnitt

Schwierigkeiten der Regelung der Teilnichtigkeits- folgen im Rahmen des § 139 BGB	67
--	----

Dritter Unterabschnitt

Die einzelnen Versuche des Schrifttums und der Rechtsprechung zur Aufrechterhaltung des fehlerfreien Arbeitsvertragsteils	71
---	----

§ 8 Der Meinungsstand	71
I. Lösungsversuche	71
1. "Modifizierte" Anwendung des § 139 BGB	71
2. Umkehr der Vermutung des § 139 BGB	73
3. Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB	76
a) Aus dem Sinn und Zweck des verletzten Schutzgesetzes	77
b) Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB durch das Sozialstaatsprinzip	87
c) Ausschluß des § 139 BGB durch § 315 BGB	91
II. Gesamtwürdigung	94

Vierter Unterabschnitt

Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als Fortbildungsfaktor des § 139 BGB	95
§ 9 Feststellung der Lückenhaftigkeit des § 139 BGB angesichts des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips	95
I. Die Art der Gesetzeslücke in § 139 BGB	95
II. Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip im Rahmen der abändernden Rechtsfindung	98
1. Der Schutzgedanke als ein Grundprinzip des Arbeitnehmerschutzrechts	100
2. Abgrenzung zwischen dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip und dem Fürsorgegedanken	101
3. Die rechtliche Qualität des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips	105
a) Normative Kraft des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips	105
b) Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als Auslegungsprinzip	108
III. Gegenüberstellung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips und des dem § 139 BGB innewohnenden Sinns und Zwecks	111
1. § 139 BGB als "Ausfluß der Privatautonomie"	112
2. Das BGB im Hinblick auf arbeitsrechtliche Probleme	113
3. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit im Individualarbeitsrecht	118
4. Die Vorrangigkeit des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips	120
IV. Ergebnis	125
§ 10 Ausfüllung der Gesetzeslücke in § 139 BGB durch die ausschließliche Restgültigkeit des teilnehmigen Arbeitsvertrages	126

	Seite
§ 11 Ergänzung der entstandenen Arbeitsvertrags- lücke	132

Schlußbetrachtung

§ 12 Vorschläge zur Änderung des § 139 BGB	133
I. Allgemeines	133
II. Verschiedene Vorschläge	134
III. Eigener Vorschlag	135

Literaturverzeichnis

- | | |
|--------------------|---|
| Adomeit, Klaus | Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht,
München 1969 |
| André, Fritz | Einfache, zusammengesetzte, verbundene
Rechtsgeschäfte, in: Festgaben für
Ludwig Enneccerus, Marburg 1913 |
| Ballerstedt, Kurt | Buchbesprechung von: Simitis, Fakti-
sche Vertragsverhältnisse, in: AcP,
Bd. 157, S. 117 ff. |
| Benda, Ernst | Industrielle Herrschaft und sozialer
Staat, Göttingen 1966 |
| Bender, Bernd | Zur Methode der Rechtsfindung bei der
Auslegung und Fortbildung gesetzten
Rechts, JZ 1957, S. 593 ff. |
| Berger | Bedeutung und Tragweite des Grundsatzes
vom sozialen Rechtsstaat, Betriebsver-
fassung 1955, Heft 8, S. 4 ff. |
| Beuthien, Volker | Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als
bürgerlich-rechtliches Abwicklungs-
problem, RdA 1969, S. 161 ff. |
| Biedenkopf, Kurt | Die Betriebsrisikolehre als Beispiel
richterlicher Rechtsfortbildung,
Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe,
Heft 98, Karlsruhe 1970 |
| Biermann, Johannes | Bürgerliches Recht, Bd. I, Allgemeine
Lehren und Personenrecht, Berlin 1908 |

- | | |
|--|--|
| Blomeyer, Arwed | Beweislast und Beweiswürdigung im
Zivil- und Verwaltungsprozeß,
München-Berlin 1967 |
| Blomeyer, Wolfgang -
Buchner, Herbert | Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht,
Karlsruhe 1969 |
| Bobrowski, Paul -
Gaul, Dieter | Das Arbeitsrecht im Betrieb, 6. Aufl.,
Heidelberg 1970 |
| Boehmer, Gustav | Einführung in das Bürgerliche Recht,
2. Aufl. Tübingen 1965 |
| Bötticher, Eduard | Einseitige Leistungsbestimmung im
Arbeitsverhältnis, AuR 1967, S. 321 ff. |
| Brecher, Fritz | Anm. zu BAG, AP Nr. 27 zu § 611 BGB
Gratifikation |
| Brox, Hans | Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung,
Karlsruhe 1960 |
| " " | Die Anfechtung von Dauerrechtsverhältnissen,
BB 1964, S. 523 ff. |
| Bulla, Gustav-Adolf | Mankohaftung des Arbeitnehmers, DB
1952, S. 81 ff. |
| " " | Das sozialrechtliche Schutzprinzip als
der Grundgedanke des Arbeitsrechts,
MittArbGVerb 1957, Nr. 15, S. 1 ff. |
| Canaris, Claus-
Wilhelm | Die Feststellung von Lücken im Gesetz,
Berlin 1964 |

- Canaris, Claus-
Wilhelm Atypische faktische Arbeitsverhältnisse,
BB 1967, S. 165 ff.
- " " Systemdenken und Systembegriff in der
Jurisprudenz, Berlin 1969
- " " Die Vertrauenshaftung im deutschen
Privatrecht, München 1971
- Conrad, Dieter Freiheitsrechte und Arbeitsverfassung,
Berlin 1965
- Dahm, Georg Deutsches Recht, 2. Aufl.,
Stuttgart 1963
- Dersch, Hermann Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht
des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis,
RdA 1949, S. 325 ff.
- " " Die Urlaubsgesetze, Kommentar, 1. Aufl.,
München-Berlin 1954
- " " Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im
Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für
Herschel, Stuttgart 1955, S. 71 ff.
- " " Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht
unter Abweichung vom BGB, RdA 1958, S.
441 ff.
- Dersch, Hermann-
Neumann, Dierk Bundesurlaubsgesetz, Kommentar, 4. Aufl.,
München 1971
- Dietz, Rolf Zehn Jahre Arbeitsgerichtsgesetz,
RdA 1963, S. 361 ff.

- Dietz, Rolf Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung. Kommentar, 4. Aufl., München-Berlin 1967
- Dölle, Hans Außergesetzliche Schuldpflichten, ZgstW Bd. 103 (1943), S. 67 ff.
- Dürig, Günther Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff., München 1956
- Eberth, Rolf Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht, Diss. Köln 1967
- Engisch, Karl Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935
- " " Einführung in das juristische Denken, 5. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971
- Enneccerus, Ludwig-Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., 1. Halbbd., Tübingen 1959; Nipperdey, Hans Carl 2. Halbbd., Tübingen 1960
- Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923, abgedruckt in: Europäisches Arbeitsvertragsrecht von Molitor-Nipperdey-Schott, Marburg 1930
- Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis von 1938, vom Arbeitsrechtsausschuß der Akademie für Deutsches Recht, abgedruckt in: Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 8, Hamburg 1938

- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. und 2. Bd., 5. Aufl., Münster 1972
- Erster Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, abgedruckt in: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung. Amtliche Ausgabe, Berlin-Leipzig 1888
- Esser, Josef Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 2. Aufl., Tübingen 1964
- " " Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M 1970
- " " Schuldrecht, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970; Bd. 2, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
- Fabricius, Fritz Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen 1970
- Farthmann, Friedhelm Zur Anfechtbarkeit von Arbeitsverträgen, RdA 1958, S. 338 ff.
- " " Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S. 5 ff.
- " " Anfechtung des Arbeitsvertrages, JuS 1964, S. 141 ff.

- Flume, Werner Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in:
Hundert Jahre deutsches Rechtsleben,
Festschrift zum hundertjährigen Bestehen
des Deutschen Juristentages 1860-1960,
Bd. 1, S. 135 ff., Karlsruhe 1960
- " " Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
Bd. II: das Rechtsgeschäft,
Berlin-Heidelberg-New York 1965
- Frey, Erich Können Arbeitsverhältnisse angefochten
werden?, AuR 1953, S. 167 ff.
- " " Die richterliche Rechtsschöpfung,
AuR 1955, S. 257 ff.
- " " Die Folgen der Teilnichtigkeit im Arbeits-
recht, AuR 1957, S. 161 ff.
- Galperin, Hans Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht,
München 1968
- Gamillscheg, Franz Die Grundrechte im Arbeitsrecht,
AcP Bd. 164 (1964), S. 385 ff.
- " " Empfiehlt es sich die Haftung des Arbeit-
nehmers gegenüber dem Arbeitgeber abwei-
chend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?,
in: Verhandlungen des 45. Deutschen Ju-
ristentages, Bd. 2, Teil G,
München-Berlin 1965

- Gamillscheg, Franz Gedanken zur Rechtsfindung im Arbeitsrecht, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: Festschrift für Hans Schmitz, Bd. 1, S. 68 ff., Wien-München 1967
- " " Zur Gratifikation mit Rückzahlungsvorbehalt, RdA 1968, S. 407 f.
- v. Gierke, Otto Die soziale Aufgabe des Privatrechts, (1889 als Vortrag gehalten und veröffentlicht), herausgegeben von Erik Wolf, Frankfurt/M 1943
- " " Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889
- Gitter, Wolfgang Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 1 AZO
- Goost, Michael Teilnichtige Arbeitsverträge, Diss. Köln 1967
- Habscheid, Walther -
Pötter, Wilhelm Beiträge zum Richterrecht, Paderborn 1968
- Hanau, Peter -
Adomeit, Klaus Arbeitsrecht, Frankfurt/M 1972
- Haupt, Günter Über faktische Vertragsverhältnisse, in: Festschrift für Siber, Bd. II, S. 1 ff., Leipzig 1943
- Herkert, Josef Berufsbildungsgesetz mit Nebenbestimmungen. Kommentar, Regensburg 1970

- Herschel, Wilhelm Die Auslegung der Tarifvertragsparteien,
in: Festschrift für Molitor, S. 161 ff.,
München-Berlin 1962
- Herzog, Bertold Quantitative Teilnichtigkeit,
Diss. Göttingen 1926
- Heymann, Ernst - Handelsgesetzbuch. Kommentar, 21. Aufl.,
Kötter, Hans-Wilhelm Berlin-New York 1971
- Huber, Ernst-Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Bd.,
2. Aufl., Tübingen 1953
- Hueck, Alfred Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG
- " " Anm. zu LAG-Stuttgart, AP Nr. 2 zu
§ 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers
- " " Die Sozialstaatsklausel in der Recht-
sprechung des BAG, in: Festschrift für
Apelt, S. 57 ff.,
München und Berlin 1958
- " " Kündigungsschutzgesetz. Kommentar,
8. Aufl., München 1972
- Hueck, Alfred - Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl.,
Nipperdey, Hans Carl Bd. 1, Berlin und Frankfurt/M 1963, be-
arbeitet von A. Hueck; Bd. II/1, Berlin
und Frankfurt 1967, bearbeitet von Hans
Carl Nipperdey; II/2 Berlin und Frankfurt/M
1970, bearbeitet von Hans Carl Nipperdey
unter Mitarbeit von Franz-Jürgen Sacker.
Ältere Auflagen werden unmittelbar in der
jeweiligen Fußnote angegeben.

- Hueck, Alfred - Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Aufl.,
Nipperdey, Hans Carl Berlin und Frankfurt/M 1970
- Hueck, Götz Buchbesprechung von: Ramm, Die Anfechtung
des Arbeitsvertrages, in: RdA 1956, S. 156
- " " Der Grundsatz der gleichmäßigen Behand-
lung im Privatrecht,
München-Berlin 1958
- " " Anm. zu BAG, AP Nr. 10 zu § 315 BGB
- " " Einige Gedanken zum Begriff des Arbeit-
nehmers, RdA 1969, S. 216 ff.
- Hunn, Felix Nochmals "Zölibatsklausel" im Arbeits-
vertrag, AuR 1953, S. 260 ff.
- Isele, Georg-Helmut Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürger-
liches Recht, AcP, Bd. 150 (1949), S. 1 ff.
- " " Anm. zu BAG, SAE 1963, S. 93 f.
- " " Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechts-
dogmatik, JJ, Bd. 8 (1967/1968), S. 63 ff.
- Kaskel, Walter - Arbeitsrecht, 5. Aufl.,
Dersch, Hermann Berlin-Göttingen-Heidelberg 1957
- Klette, Dieter Buchbesprechung von: Pierer v. Esch,
Teilnichtige Rechtsgeschäfte, in: BB
1970, S. 403/404
- Klug, Ulrich Rechtslücke und Rechtsgeltung, in: Fest-
schrift für Hans Carl Nipperdey, Bd. I,
S. 71 ff., München-Berlin 1965

- Küchenhoff, Günter Einwirkung des Verfassungsrechts auf das
Arbeitsrecht, RdA 1969, S. 97 ff.
- Lang, Eduard Teilweise Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts,
139 BGB, Berlin 1926
- Lange, Heinrich Vom alten zum neuen Schuldrecht,
Hamburg 1934
- " " BGB - Allgemeiner Teil, 12. Aufl.,
München 1969
- Langer, Karl Die Mankohaftung, Hamburg 1957
- Larenz, Karl Anm. zu BAG, AP Nr. zu § 119 BGB
- " " Richterliche Rechtsfortbildung als
methodisches Problem, NJW 1965, S. 1 ff.
- " " Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1969
- " " Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I: Allge-
meiner Teil, 10. Aufl., München 1970;
Bd. II: Besonderer Teil, 10. Aufl.,
München 1972
- " " Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerli-
chen Rechts, 2. Aufl., München 1972
- Laufke, Franz Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in:
Festschrift für Lehmann, Bd. I, S. 145 ff.,
Berlin-Tübingen 1956

- Lehmann, Heinrich - Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-
Hübner, Heinz setzbuches, 16. Aufl., Berlin 1966
- Leisner, Walter Grundrechte und Privatrecht,
München-Berlin 1960
- Lieb, Manfred Die Ehegattenmitarbeit im Spannungsfeld
zwischen Rechtsgeschäft, Bereicherungs-
ausgleich und gesetzlichen Güterstand,
Tübingen 1970
- Lieb, Manfred - Voraussetzungen und Abgrenzung von
Westhoff, Stefan richterlicher Inhaltskontrolle und Rechts-
fortbildung, DB 1973, S. 69 ff.
- Ligeropoulos, Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts
Alexander unter Ausschluß der Gesamtnichtigkeit,
in: Revue Hellenique de droit Interna-
tional, S. 1 ff., Athen 1971
- Löffl, Dietrich Die Behandlung unzulässiger Wettbewerbs-
verbote, Berlin 1968
- Maunz, Theodor - Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1,
Dürig, Günter - München Stand 1971
Herzog, Roman
- Maus, Wilhelm Handbuch des Arbeitsrechts, Lose-Blatt-
ausgabe, Frankfurt/M 1948 ff.
- Mayer-Maly, Theo Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung,
JZ 1961, S. 205 ff.
- " " Über die Teilnichtigkeit, in: Gedächtnis-
schrift für Gschnitzer, S. 265 ff.,
Wien 1969

- | | |
|---------------------------------------|---|
| Mayer-Maly, Theo | Anm. zu BAG, AP Nr. 32 zu § 63 HGB |
| " " | Arbeitsrechtliche Rechtsfortbildung,
DB 1970, S. 444 ff. |
| " " | Das Leiharbeitsverhältnis, ZfA 1972,
S. 1 ff. |
| Meisel, Peter -
Hiersemann, Walter | Arbeitszeitordnung. Kommentar,
Berlin-Frankfurt/M 1970 |
| Menger, Anton | Das Bürgerliche Recht und die Besitz-
losen Volksklassen (1908)
Nachdruck Darmstadt 1968 |
| Mennicken, Axel | Das Ziel der Gesetzesauslegung,
Bad Homburg 1970 |
| Molitor, Erich | Anm. zu BAG, SAE 1962, S. 180/181 |
| Monjau, Herbert | Die Wettbewerbsverbote, in: Das Arbeits-
recht der Gegenwart, Bd. 7 (1970), S. 75 ff. |
| Motive | zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetz-
buches für das Deutsche Reich, Amtliche
Ausgabe; Bd. I, Allgemeiner Teil; Bd. II,
Recht der Schuldverhältnisse,
Berlin 1896 |
| Mugdan, B. | Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen
Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1,
Berlin 1899 |
| Müller, Gerhard | Die Auslegung des normativen Teiles eines
Tarifvertrages nach der Rechtsprechung
des Bundesarbeitsgerichts, DB 1960,
S. 119 ff. |

- Müller, Gerhard Der Sozialstaatsgedanke unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, BABl 1964, S. 723 ff.
- Naendrup, Peter-Hubert Die Teilnichtigkeit im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bielefeld 1966
- Nawiasky, Hans Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., Einsiedeln-Zürich-Köln 1948
- Nikisch, Arthur Arbeitsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., Tübingen 1955, 3. Aufl., Tübingen 1961
- Nipperdey, Hans Carl Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts, in: Festgabe zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. IV, S. 203 ff.
- Nipperdey, Hans Carl - Das Zustandekommen des Tarifvertrages,
Säcker, Franz-Jürgen AR-Blattei, Tarifvertrag II B
- Nolden, Wilhelm Der Grundsatz der Restgültigkeit, Diss. Köln 1939
- Oertmann, Paul Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 32. Aufl., München 1973
- Pawlowski,
Hans-Martin Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, Göttingen 1966

- Ramm, Thilo Auslegung und gesetzesändernde Rechtsfortbildung, AuR 1962, S. 353 ff.
- " " Die Rechtswirkung der Anfechtung des Arbeitsvertrages, AuR 1963, S. 97 ff.
- " " Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidung, ZRP 1972, S. 13 ff.
- Regelsberger, Ferdinand Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893
- Reichsgerichtsräte-Kommentar (RGRK-BGB) Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, Herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., Bd. 1, Teil 1, Berlin 1959
- Reinhardt, Rudolf Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrag, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 115 ff., Karlsruhe 1957
- Reinicke, G. u. D. Die Auslegungsgrundsätze des Bundesarbeitsgerichts, (Teil II), NJW 1955, S. 1662 ff.
- Römer, Peter Für und wider ein Gesetzbuch der Arbeit, AuR 1970, S. 141 ff.
- Rosenberg, Leo Die Beweislast, München und Berlin 1965
- Säcker, Franz-Jürgen Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972
- Sandrock, Otto Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften. Ein Beitrag zur Auslegung von § 139 BGB, AcP, Bd. 159 (1960/1961), S. 481 ff.

- | | |
|----------------------------------|---|
| Sandrock, Otto | Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht, Köln-Opladen 1966 |
| Schaub, Günter | Arbeitsrechts-Handbuch, München 1972 |
| Schiek, Hans | Faktische Kündigungerschwerung durch bedingte Sonderzuwendungen,
Diss. Mainz 1970 |
| Schlegelberger, Franz | Kommentar zum BGB, Bd. 1, 4. Aufl.,
Berlin-Frankfurt 1960 |
| Schnorr v. Carolsfeld,
Ludwig | Arbeitsrecht, 2. Aufl.,
Göttingen 1954 |
| " " | Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts,
RdA 1964, S. 297 ff. |
| Scholz, Dietmar | Die Anwendung des § 139 BGB im Arbeitsvertragsrecht,
Diss. Göttingen 1965 |
| Schwerdner, Peter | Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im
Recht der Arbeitsbedingungen,
Heidelberg 1970 |
| Siara, Berthold | Bundesurlaubsgesetz. Kommentar,
Frankfurt/M 1970 |
| Siebert, Wolfgang | Die Methode der Gesetzesauslegung,
Heidelberg 1958 |
| " " | Faktische Vertragsverhältnisse, Juristische
Studiengesellschaft Karlsruhe,
Heft 41, Karlsruhe 1958 |

- Siebert, Wolfgang Arbeitszeit und Arbeitsverhältnis,
AR-Blattei, Arbeitszeit I C
- Sigel, Walther Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem
Bürgerlichen Gesetzbuch,
Stuttgart 1903
- Simitis, Spiros Die faktischen Vertragsverhältnisse als
Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion
der Rechtsinstitute des Privatrechts,
Frankfurt 1957
- Sitzler Übersicht über das Arbeitsrecht, AR-
Blattei, Arbeitsrecht: Übersicht VII B,
VII Einzelvertragsrecht, B Abschluß des
Arbeitsvertrages
- Soergel, Th. -
Siebert, Wolfgang Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl.,
1967 ff.
- Söllner, Alfred Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeits-
verhältnis, Mainz 1966
- " " Ungerechtfertigte Bereicherung im Arbeits-
recht, AR-Blattei, Ungerechtfertigte Be-
reicherung I
- " " Anm. zu BAG, AP Nr. 144 zu § 242 BGB
Ruhegehalt
- " " Arbeitsrecht, 2. Aufl.,
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1971
- Sommer, Herbert Anfechtung im Arbeitsrecht, AR-Blattei,
Anfechtung im Arbeitsrecht I, I Übersicht

- | | |
|--------------------------|---|
| Stadthagen, Arthur | Das Arbeitsrecht, 4. Aufl.,
Stuttgart 1904 |
| Stahlhacke, Eugen | Kommentar zur Gewerbeordnung, Lose-Blatt-
ausgabe, Neuwied/Rh 1965 ff. |
| Stammler, Rudolf | Theorie der Rechtswissenschaft,
Halle 1911 |
| Staub, Herrmann | Kommentar zum Handelsgesetzbuch,
Bd. 1, 6./7. Aufl., Berlin 1900 |
| v. Staudinger,
Julius | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
11. Aufl., Berlin 1954 ff. |
| Stranz, J. | Zum ersten Geburtstag des BGB,
DJT 1901, S. 4 ff. |
| Thiele, Wolfgang | Bemerkungen zum Problem der Rückzahlungs-
klauseln, RdA 1970, S. 265 ff. |
| Tophoven | Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG
Auslegung |
| Wenzel, Leonhard | Die Problematik der richterlichen Aus-
füllung von Gesetzeslücken, JZ 1960,
S. 713 ff. |
| Wieacker, Franz | Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter
besonderer Berücksichtigung der deutschen
Entwicklung, 2. Aufl.,
Göttingen 1967 |
| Wiedemann, Herbert | Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und
Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966 |

- Wiedemann, Herbert - Anm. zu BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB
Steinberg, F. Konkurrenzklausel
- Wlotzke, Otfried Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, Übersicht mit Anmerkungen für die Zeit von Januar bis März 1963, BABl. 1963, S. 693 ff.
- Wolf, Ernst Das Arbeitsverhältnis, Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?, Marburg 1970
- Wolf, Manfred Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970
- Wolff, Martin Das internationale Privatrecht Deutschlands, 3. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1954
- Woltereck, Frank Besondere Mankovereinbarungen, ihre Voraussetzungen und Grenzen, DB 1964, Beil. 2
- Zimmermann, Theo Mehrstufige Rechtsfindung als Verbindung von subjektiver und objektiver Auslegungsmethode, NJW 1954, S. 1628 ff.
- Zitelmann, Ernst Zur Begrüßung des neuen Gesetzbuches, DJZ 1900, S. 2 ff.
- Zwarlick, Johannes Arbeitszeitordnung. Kommentar, Heidelberg 1967

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
AcP.	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AOG	Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts - Arbeitsrechtliche Praxis -
Art.	Artikel
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbKrankG	Arbeitskrankengesetz
AR-Blattei	Arbeitsrechtsblattei, Handbuch für die Arbeitsrechtspraxis
ARS	Arbeitsrechtssammlung
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
AZO	Arbeitszeitordnung
BABl	Bundesarbeitsblatt (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundes- arbeitsgerichts
BB	Der Betriebsberater (Zeitschrift)
BBildG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
Beil.	Beilage
Bem.	Bemerkung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BSG	Bundessozialgericht
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundes- verfassungsgerichts
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung (Zeitschrift)
Einl.	Einleitung
f. ff.	folgende
Fußn.	Fußnote
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
HandwO	Handwerksordnung
HATR	Hausarbeitstagsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
i. V. m.	in Verbindung mit
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JJ	Juristen-Jahrbuch (Zeitschrift)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LandArbO	Landesarbeitsordnung
LFG	Lohnfortzahlungsgesetz
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes
MittArbGVerb	Deutscher Arbeitgeberverband Mitteilungsblatt

MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
s.	siehe
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Zeitschrift)
SchwBeschG	Schwerbeschädigtengesetz
SeemG	Seemannsgesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
v. c. f. p.	venire contra factum proprium
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZgstW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissen- schaft
zust.	zustimmend

§ 1 Einleitung

I. Das Problem

Gegenstand dieser Untersuchung ist das Problem der Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages im Individualarbeitsrecht. Es ist keine Seltenheit, daß in Arbeitsverträgen Vereinbarungen enthalten sind, die die besondere Gestaltung der Arbeitsbedingungen zum Gegenstand haben. Falls die Arbeitsvertragsparteien eine Klausel eingefügt haben, die sich später als nichtig erweist, so vor allem bei Verstößen gegen zwingendes Arbeitnehmerschutzrecht, z.B. bei Überschreitung der von der Arbeitszeitordnung gesetzten Höchstzeitgrenzen, hat der Verstoß die Wirkung, daß der Arbeitsvertrag teilnichtig wird. Diese Teilnichtigkeit stellt aber nur eine vorläufige Situation dar. Mit ihrer Feststellung stellt sich die Frage, ob der ganze Arbeitsvertrag nichtig wird oder ob der übrige Arbeitsvertragsteil von der Nichtigkeit verschont bleibt.

II. Die Unzulänglichkeit des § 139 BGB als allgemeine Teilnichtigkeitsbestimmung im Individualarbeitsrecht

Mangels einer besonderen arbeitsrechtlichen Vorschrift könnte sich die Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen grundsätzlich nach der im allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches enthaltenen Bestimmung des § 139 BGB richten ¹⁾.

1) Daß die BGB-Regeln im Individualarbeitsrecht grundsätzlich angewendet werden können, ist ganz h.M. Vgl. statt vieler Söllner, Arbeitsrecht, § 28 I, S. 205; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 19 I 3, S. 161/162; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22 III, S. 132; Bobrowki-Gaul, Arbeitsrecht, C III, Rdnr. 4; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 7; Adomeit, Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht, S. 7; vgl. auch BGH, Bd. 10, S. 187 (190); die vom LAG - Stuttgart (AP Nr. 2 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers) vertretene Ansicht, daß die Normen des BGB keine unmittelbare Geltung mehr beanspruchen können, hat keine Zustimmung gefunden. Vgl. die scharfe Kritik vor allem bei A. Hueck, Anm. zum Urteil des LAG - Stuttgart, a.a.O.; denselben in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22 III, Fußn. 17, S. 133; Mayer-Maly, Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, JZ 1961, S. 206 und Fußn. 9; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 1 III 2, S. 4/5

§ 139 BGB lautet:

"Ist ein Teil des Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde."

Die Bestimmung des § 139 BGB ist aber im Individualarbeitsrecht "besonders behutsam"²⁾ anzuwenden, weil ihre "rechtspolitische Weisheit"³⁾, nämlich ihre Eigenschaft als "Ausfluß der Privatautonomie"⁴⁾, im Individualarbeitsrecht nicht in ihrem ganzen Umfang bestätigt werden kann. Im Zentrum des Individualarbeitsrechts steht die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Schutzgedanken zugunsten des Arbeitnehmers und dem Prinzip der Privatautonomie, das in der Regel dem Arbeitgeber die unbehinderte Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse garantiert. Nach der Rechtsprechung des BAG wird das Arbeitsrecht sowohl von dem Schutzgedanken⁵⁾ als auch von dem Prinzip der Privatautonomie⁶⁾ beherrscht.

Beide Gesichtspunkte sind jedoch im Einzelfall nicht miteinander zu vereinbaren, wie beispielsweise das Arbeitnehmerschutzrecht deutlich macht, das der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien zugunsten des Arbeitnehmers Schranken setzt.

Die Anwendung des § 139 BGB konfrontiert eben mit dieser Frage; denn obwohl man seine Grundlagen - Berücksichtigung des Parteiwillens, Vermutung der Totalnichtigkeit⁷⁾ - ausschließlich mit dem Grundsatz der Privatautonomie⁸⁾ begrün-

2) So Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2 C, S. 206

3) Nipperdey-Säcker, AR-Blattei, Tarifvertrag II B, unter VI 2 b, Zur Anwendbarkeit des § 139 BGB auf Tarifverträge

4) Sandrock, Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften, AcP, Bd. 159, S. 491

5) BAG, AP Nr. 57 zu § 611 BGB Gratifikation

6) BAG, AP Nr. 10 zu § 315 BGB mit zust. Anm. von G. Hueck

7) Vgl. für alle Heinrichs, in Palandt, § 139 BGB Bem. 3; s. dazu eingehend unten, S. 25 f.

8) Vgl. auch Nipperdey (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II, § 18 V 2 b, S. 355), der den § 139 BGB als einen "freiheitlichen Rechtsgrundsatz" bezeichnet; vgl. ferner das BAG, BAGE, Bd. 1, S. 258 (270); vgl. auch unten, S. 28/29

det, beansprucht er trotzdem allgemeine Anwendung im Individualarbeitsrecht. § 139 BGB ist aber wegen der Berücksichtigung des Parteiwillens für die Beurteilung der Teilnichtigkeitsfolgen nicht geeignet, in jedem Fall ein für beide Arbeitsvertragsparteien befriedigendes Ergebnis zu zeitigen. So kann § 139 BGB, z.B. in den Fällen, in denen die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen eines Verstoßes gegen ein Gesetz, das den Schutz des Arbeitnehmers bezweckt, entstanden ist - z.B. gegen die AZO, das MuSchG, das JArbSchG, das SchwBeschG um nur einige zu nennen -, soweit er Anwendung beansprucht, nicht als "glücklich" betrachtet werden. Es ist nämlich durchaus möglich, daß dem Arbeitgeber an der Beseitigung des ganzen Arbeitsvertrages gelegen ist, nachdem er auf die nichtige, für ihn aber aus welchem Grund auch immer wichtige Klausel verzichten muß. Nach dem Wortlaut des § 139 BGB könnte er dieses Ziel leicht dadurch erreichen, daß er sich darauf beruft, daß er den Arbeitsvertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen haben würde. Dadurch wird auch der nicht nichtige Rest des Arbeitsvertrages unwirksam und der Arbeitnehmer verliert seinen Arbeitsplatz. Durch die Totalnichtigkeit finden eben die Interessen des Arbeitnehmers, der in der Regel der wirtschaftlich Schwächere ist und dem gerade durch die Anwendung des Arbeitnehmerschutzrechts geholfen werden soll, keine gebührende Berücksichtigung. Aus diesem Grund scheint es geboten, bei der Frage der Teilnichtigkeit, wenn Verbotsgesetze des Arbeitnehmerschutzrechts verletzt worden sind, § 139 BGB als einschlägige Bestimmung zu überprüfen.

In anderen Teilnichtigkeitsfällen dagegen bestehen keine Bedenken, dem Willen der Arbeitsvertragsparteien gemäß § 139 BGB Rechnung zu tragen und dementsprechend Restgültigkeit oder Totalnichtigkeit des Vertrages anzunehmen. So z.B., wenn Teilnichtigkeit wegen Geschäftsunfähigkeit eines Arbeitnehmers bei mehrgliedrigen Arbeitsverträgen eintritt, oder die Zustimmung bzw. Genehmigung des gesetzlichen Ver-

treters fehlt, wegen Formverletzung usw.

III. Ziel und Aufbau der Arbeit, Begrenzung des Themas

Ziel der Untersuchung ist, darzulegen, wann § 139 BGB im Arbeitsvertragsrecht angewandt werden kann und wann nicht. Der Anwendungsbereich des § 139 BGB soll aufgezeigt werden, wie auch die Relation zwischen Restgültigkeit und Totalnichtigkeit. Andererseits soll ermittelt werden, unter welchen Voraussetzungen im Individualarbeitsrecht die Anwendbarkeit des § 139 BGB de lege lata eingeschränkt werden kann, damit ausschließliche Restgültigkeit - d.h. der verbindliche Ausschluß der Totalnichtigkeit, unabhängig von § 139 BGB - gilt⁹⁾. Eine Lösung kann nur im rechten Verhältnis zwischen dem Schutzgedanken zugunsten des Arbeitnehmers und dem Prinzip der Privatautonomie gefunden werden. Schon hier ist zu betonen, daß es dabei nicht darum gehen kann, einseitig und ohne besonderen Grund den Arbeitnehmerinteressen zu entsprechen. Vielmehr ist ein Ausgleich zu finden zwischen dem Interesse des Arbeitnehmers, seinen Arbeitsplatz zu behalten, und dem Interesse des Arbeitgebers auf freie Entfaltung seiner Vertragsautonomie. Die Lösung soll im übrigen nicht nur zu billigen, praktikablen Ergebnissen führen, sondern auch dogmatisch begründet und methodisch gangbar sein.

Das aufgezeigte Ziel der Untersuchung läßt eine Aufgliederung der Arbeit in zwei Abschnitte zweckmäßig erscheinen: Ein erster Abschnitt dient der Untersuchung der Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages aufgrund Verletzung von Gesetzen, die nicht speziell den Schutz des Arbeitnehmers bezwecken. Ein zweiter Abschnitt betrifft dann die Fälle, in denen Arbeitnehmerschutzgesetze verletzt sind.

9) Die Notwendigkeit, im konkreten Fall aufgrund überwiegender arbeitsrechtlicher Komponenten von Regelungen des BGB abzuweichen, besteht nicht nur im Rahmen des § 139 BGB. Vgl. dazu Beispiele bei Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 7; ferner vor allem Isele, Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsdogmatik, JJ Bd. 8, S. 68/69

Zur Begrenzung des Themas sei bemerkt, daß das Problem der Nichtigkeit von "allgemeinen Arbeitsbedingungen"¹⁰⁾, deren Rechtsgrundlage eine einzelvertragliche Einheitsregelung, eine Gesamtzusage oder eine betriebliche Übung¹¹⁾ sein kann, hier nicht behandelt wird. Dies rechtfertigt sich aus der besonderen Problematik¹²⁾ dieser "arbeitsrechtlichen Regelungsfaktoren"¹³⁾ im Grenzbereich zwischen individuellem und kollektivem Arbeitsrecht.

Ebenso soll das Problem der Teilnichtigkeitsfolgen bei einzelnen Abreden, deren Nichtigkeit keinen Einfluß auf den zugrundeliegenden Arbeitsvertrag hat, von dieser Untersuchung ausgeklammert werden. Damit ist insbesondere das Problem der Nichtigkeit von sozialen Sonderleistungen¹⁴⁾ des Arbeitgebers gemeint. Falls sie einzelvertraglich - dann meist mit einer Rückzahlungsklausel gekoppelt - vereinbart sind, kann ihre Nichtigkeit den Bestand des Arbeitsvertrages nicht gefährden, weil sie diesem gegenüber weitgehend selbständig¹⁵⁾ sind.

10) Vgl. darüber die umfangreiche Arbeit von Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, S. 31 ff.

11) Siehe Säcker, a.a.O., S. 32 ff., 73 ff.

12) Siehe für alle Säcker, a.a.O., S. 33, 73 ff., 201 ff., 459 ff., 493 ff.

13) Siehe Säcker, a.a.O., S. 32 ff.

14) Siehe darüber die grundlegende Arbeit von Blomeyer-Buchner (Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, S. 3 ff., 27 ff.) mit ausführlicher Behandlung aller Arten von Sonderzuwendungen.

15) Hier geht es nur um die Frage der Auswirkung der Nichtigkeit der Rückzahlungsklausel auf das Schicksal der Sonderzuwendungen. Vgl. statt vieler Goost, Teilnichtige Arbeitsverträge, S. 79 ff.; Eberth, Die Teilnichtigkeit im Arbeitsrecht, S. 67/68; Blomeyer in Buchner-Blomeyer, a.a.O., S. 22 ff.; Wlotzke, BABl 1963, S. 699; Pierer von Esch, Teilnichtige Rechtsgeschäfte, S. 131 ff.; vgl. ferner das BAG AP Nr. 15 - 70 zu § 611 BGB Gratifikation

Erster Abschnitt

Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages aufgrund Verletzung von Gesetzen, die nicht den Schutz des Arbeitnehmers bezwecken.

Erster Unterabschnitt

Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen nach § 139 BGB

Zur Einführung der Problematik soll folgendes, der Rechtsprechung des BAG¹⁾ entnommenes Beispiel gegeben werden. Zwischen einem Arbeitnehmer, der als Vertreter in einer Damenunterbekleidungsfabrik angestellt war, und seinem Arbeitgeber wurde als Ergänzung des Arbeitsvertrages ein Garantielohn in bestimmter Höhe vereinbart. Dabei verschwieg der Arbeitnehmer, daß er bei mehreren Firmen als Vertreter tätig war. Der Arbeitgeber focht seine Willenserklärung bezüglich der Höhe des vereinbarten Fixums wegen arglistiger Täuschung an.

Die Frage ist nun, welchen Einfluß die Anfechtung eines Arbeitsvertragsteils²⁾ auf die Wirksamkeit des übrigen Arbeitsvertrages hat³⁾. Es fragt sich weiter, ob solche Fälle, in denen kein Arbeitnehmerschutzgesetz verletzt worden ist, z.B. bei Willensmängeln, Formverstößen usw., mit § 139 BGB angemessen gelöst werden können.

1) BAG, BAGE Bd. 22, S. 344 ff.

2) Daß sich die Anfechtung auf einen Teil des Rechtsgeschäfts beschränken kann, ist heute unbestritten. Vgl. BAG, BAGE Bd. 22, S. 344 (Leitsatz 2); BGH, NJW 1969, S. 1759; von dem Schrifttum statt vieler vgl. Heinrichs in Palandt, § 139 BGB Bem. 1; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 1 f., S. 190; Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 273

3) Das BAG (a.a.O., S. 354) mußte zu dieser Frage keine Stellung nehmen, weil das Arbeitsverhältnis schon aufgelöst war.

§ 2 Grundsätzliche Anwendbarkeit des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht

Es wurde einleitend davon ausgegangen, daß § 139 BGB für die Regelung der Teilnichtigkeitfolgen im Individualarbeitsrecht relevant sein kann.

Diese Auffassung muß jetzt bezüglich der hier untersuchten Fallgruppe von Teilnichtigkeitsfällen vertieft und dogmatisch untersucht werden.

I. Kein Hindernis für die Anwendung des § 139 BGB aus dem besonderen Wesen des Arbeitsverhältnisses

Zunächst ist zu untersuchen, inwieweit die strukturellen Besonderheiten des Arbeitsrechts der Anwendung des § 139 BGB entgegenstehen⁴⁾. Diese Besonderheiten betreffen das Wesen des Arbeitsverhältnisses. Es wird durch den Arbeitsvertrag begründet. Der Arbeitsvertrag⁵⁾ ist ein schuldrechtlicher⁶⁾ Vertrag, der eine Unterart des Dienstvertrages im Sinne des BGB - § 611 ff. - darstellt und auch ein Dauerschuldverhältnis⁷⁾ begründet, da die Arbeits-

4) Vgl. dazu für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22 III, S. 132/133; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 19 I 3, S. 162; BAG, BAGE Bd. 5, S. 159(161)

5) Zur Grundlage dieser Arbeit wird die Vertragstheorie gemacht. Hauptvertreter A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 9 III 2, S. 37 ff. (samt Fußn.), § 21 II, S. 115 ff.; vgl. ferner Dietz, Kommentar zum BetrVG, § 4 Rdnr. 22; RAG, RAS, Bd. 40, S. 221, Leitsatz 1; Bd. 45, S. 152, Leitsatz 1; BAG, AP Nr. 3 zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis. Über die Eingliederungstheorie s. unten, S. 46 f.

6) Allgemeine Auffassung vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22, S. 128 ff., 135/136; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 19 I 2, S. 159; Söllner, Arbeitsrecht, § 28 I, S. 203

7) Vgl. für alle Söllner, Arbeitsrecht, § 28 III, S. 206; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22 V, S. 134

leistung nicht zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern nur während eines Zeitraumes bewirkt werden kann.

Mit der Charakterisierung des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis ist sein eigentlicher Inhalt jedoch noch nicht erfaßt. Die vom Arbeitnehmer in Person zu erbringende und in persönlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber zu leistende Arbeit erfaßt die Persönlichkeit des Arbeitnehmers in ganz anderer Weise als eine bloße Verpflichtung zur Sachleistung⁸⁾. Deshalb wird das Arbeitsverhältnis zum Teil als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis⁹⁾ bezeichnet, dessen Eigenart sich hauptsächlich in den Treue- und Fürsorgepflichten¹⁰⁾ äußert und die das Verhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber kennzeichnen. Diese beiderseitigen Pflichten werden als eine besondere Ausgestaltung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB angesehen¹¹⁾. § 242 BGB schafft die positiv-rechtliche Grundlage für diese Pflichten und hält damit den engen Kontakt und die Wechselwirkung zwischen Individualarbeitsrecht und Bürgerlichem Recht aufrecht¹²⁾. Auf diese Weise gelangt man zu den Generalklauseln des Individualarbeitsrechts - Fürsorgegedanke, Wesen des Arbeitsverhältnisses -, mit deren Hilfe man viele arbeitsrechtliche Probleme bewältigt¹³⁾.

8) A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22 II 1, S. 129

9) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22 II 1, S. 128-139; derselbe, Grundriß, § 14 2, S. 46; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5 I 3, S. 32, § 19 II 3, S. 165 und II 6, S. 196; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 5 I, S. 18/19; G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 134; von der Rechtsprechung vgl. RAG, ARS, Bd. 33, S. 172, Leitsatz 1; Bd. 37, S. 230, Leitsatz 4; BAG, AP Nr. 2 zu § 616 BGB; Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht; Nr. 2 zu § 125 BGB; Nr. 1 zu § 615 BGB Betriebsrisiko; BGH, BGHZ, Bd. 10, S. 187 (190); BVerfG, BVerfGE, Bd. 7, S. 342 (349)

10) Vgl. für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 22 II 1, S. 129, § 48 I 1, S. 390; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 34 I 1, S. 445 f.

11) Über diesen richtigen Standpunkt s. auch unten, S. 102

12) Was von A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 1, Fußn. 6, S. 391) besonders hervorgehoben wird.

13) Abgesehen von dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip, über das im zweiten Abschnitt dieser Arbeit ausführlich berichtet wird.

In jüngster Zeit ist die Auffassung, das Arbeitsverhältnis sei ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, auf heftige Kritik gestoßen ¹⁴⁾. Es ist eine gegenläufige Tendenz festzustellen.

Wie auch immer man sich dazu entscheiden mag, klar ist jedenfalls, daß sowohl auf der Grundlage der Meinung, die das Arbeitsverhältnis als ein rein schuldrechtliches Austauschverhältnis ¹⁵⁾ versteht, wie auch auf der Grundlage der Gegenmeinung der Anwendung des § 139 BGB nichts im Wege steht.

Daß die erstere Meinung nicht gegen eine Heranziehung des § 139 BGB zur Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen einzuwenden hat, liegt auf der Hand. Der gleiche Standpunkt wird auch von den Vertretern der Meinung, nach der das Arbeitsverhältnis als ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis anzusehen ist, vertreten ¹⁶⁾.

Vereinzelte wird aber die Auffassung vertreten, daß die Anwendung des § 139 BGB mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses dann unvereinbar ist, wenn die Teilnichtigkeit auf-

14) Vgl. vor allem Ernst Wolf (Das Arbeitsverhältnis, S. 1 ff.) der es als "Leerformel" bezeichnet; Schwerdtner (Fürsorgetheorie, S. 66) will das personenrechtliche Gemeinschaftsverhältnis als "gut verpackte Ideologie" verstehen; Söllner (Arbeitsrecht, § 28 III 2, S. 206) meint, daß "mit dieser Floskel mehr verdunkelt als klargestellt wird"; kritisch gegen diese Auffassung ist auch Fabricius, Leistungsstörungen, S. 23 ff.; Larenz, Schuldrecht II, § 52 II c, S. 207; siehe bei Schwerdtner (a.a.O., S. 16/17) vollständige Angabe der Gegner dieser Auffassung.

15) Siehe Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis, S. 7 ff., 79 ff.; Fabricius, Leistungsstörungen, S. 27; Söllner, Arbeitsrecht, § 28 III, S. 206 f.

16) Vgl. dazu den Anführer dieser Meinung A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 29 II, S. 168, § 30 II, Fußn. 6, S. 173; vgl. insbesondere § 32 II, S. 186, § 33 VI 2, Fußn. 42, S. 207, wo der Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB ausdrücklich und ausschließlich nur auf das Arbeitnehmerschutzrecht begrenzt wird.

grund Verletzung des § 138 Abs. 1 BGB - nichtige Mankovereinbarung - entstanden ist ¹⁷⁾. Vorausgesetzt wird aber bei dieser Auffassung, daß § 138 Abs. 1 BGB ein Arbeitnehmerschutzgesetz darstellt ¹⁸⁾. Diese Annahme kann nicht geteilt werden, wie ausführlich weiter unten ¹⁹⁾ begründet wird. Damit entfällt aber die Grundlage dieser Sondermeinung zu § 139 BGB. Weiter wird vereinzelt die Meinung vertreten, daß § 139 BGB für den Fall der Teilnichtigkeit wegen Formverstoßes dann ausnahmsweise keine Anwendung finden soll, wenn "Arbeitskomponenten" ²⁰⁾ überwiegen. Diese Meinung wird nicht begründet und ist nicht deutlich, was unter dem Wort "Arbeitskomponenten" zu verstehen ist. Die Meinung wird deswegen abgelehnt.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß die Anwendung des § 139 BGB nicht dem spezifischen Charakter des Arbeitsverhältnisses widerspricht und mit dem schuldrechtlichen Charakter des Arbeitsvertrages durchaus dogmatisch in Einklang steht. Diese Meinung wird auch durch die nachfolgenden Erörterungen erhärtet.

II. Keine generelle Ausschaltung der Anwendung des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht

Vereinzelt wird, ohne daß in irgend einer Weise auf das Arbeitsverhältnis abgestellt wird, die Meinung vertreten, daß die Anwendung des § 139 BGB generell im Individualarbeitsrecht ausgeschaltet sei. So vertritt Frey ²¹⁾ die Auffassung, daß § 139 BGB, der den Willen der Parteien maßgebend sein lasse,

17) Wolterreck, Besondere Mankovereinbarungen, ihre Voraussetzungen und Grenzen, DB 1964, Beil. 2, S. 9/10

18) So ist Wolterreck (a.a.O., S. 9/10) zu verstehen, obwohl seine Ausführungen sehr allgemein sind.

19) Siehe unten, S. 16 ff.

20) So Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 141

21) Frey, Die Folgen der Teilnichtigkeit, AuR 1957, S. 163, Ziff. IV 2

im Arbeitsvertragsrecht unanwendbar sei. Ebenso meint Sitzler ²²⁾, daß der Arbeitsvertrag im Teilnichtigkeitsfall aufrechtzuerhalten sei. Es sei nicht etwa nach § 139 BGB zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre, sondern der Arbeitsvertrag sei aufrecht zu erhalten.

Frey und Sitzler geben aber keine Begründung ihrer Meinung ²³⁾. Sie lassen sich offenbar von der Absicht leiten, in jedem Teilnichtigkeitsfall die Weitergeltung des gesunden Teils des Arbeitsvertrages sicher zu stellen. Eine solche Absicht ersetzt aber noch keine Begründung. Es bleibt offen, wie der Totalausschluß des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht bewerkstelligt werden soll ²⁴⁾. Im übrigen kann man eine solche Absicht auch nicht billigen, denn dann würden die Interessen des Arbeitnehmers in jedem Fall einseitig begünstigt. Man darf nicht vergessen, daß § 139 BGB das Prinzip der Privatautonomie postuliert ²⁵⁾ und daß kein Grund besteht, in jedem Fall dem Interesse des Arbeitnehmers gegenüber dem des Arbeitgebers den Vorrang einzuräumen. Das Interesse des Arbeitgebers besteht darin, daß die Herrschaft des Parteiwillens, die ihm die Fortgeltung des § 139 BGB garantiert, nicht eingeschränkt wird, um seine Rechtsverhältnisse weiter frei gestalten zu können. Wenn z.B. der Arbeitsvertrag wegen Anfechtung teilnichtig wird, ist nicht ersichtlich, warum in einem solchen Fall dem eventuell bestehenden Interesse des Arbeitgebers an der Totalnichtigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages nicht Rechnung getragen werden

22) Sitzler, AR-Blattei, Arbeitsrecht, Übersicht VII B, D

23) Vgl. Sitzler, a.a.O.; Frey (AuR 1957, S. 163, Ziff. VI) bringt Beispiele, in denen aber nur Arbeitnehmerschutzgesetze verletzt worden sind.

24) Ebenso Goost, a.a.O., S. 27

25) Vgl. für alle Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 491; s. auch unten, S. 28 f.

sollte, indem man den § 139 BGB zur Anwendung kommen läßt. Andererseits kann die Totalnichtigkeit im konkreten Fall auch für den Arbeitnehmer günstig sein. So z.B., wenn die Arbeitsvertragsparteien bei Teilzeitbeschäftigung von 3 Stunden täglich das Verbot der Eingehung eines zweiten Arbeitsverhältnisses seitens des Arbeitnehmers vereinbart haben. Die Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB - Knebelung des Arbeitnehmers - i.V.m § 139 BGB ermöglicht dem Arbeitnehmer den Abschluß eines anderen Arbeitsverhältnisses.

Es bleibt also festzustellen, daß der generelle Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB weder dogmatisch zu begründen ist, noch in seinen praktischen Ergebnissen zu rechtfertigen ist. Bei den Teilnichtigkeitsfällen, in denen kein Arbeitnehmerschutzgesetz verletzt worden ist, gibt es keinen Grund von § 139 BGB abzurücken ²⁶⁾.

§ 3 Anwendungsbereich des § 139 BGB

I. Recht des Arbeitsverhältnisses

Wie bereits ausgeführt, findet § 139 BGB dann Anwendung, wenn allgemeine Gesetzesbestimmungen, d.h. Bestimmungen, die nicht eine einseitige Schutzintention zugunsten des Arbeitnehmers aufweisen, verletzt sind. Solche Bestimmungen gehören dem Arbeitsverhältnisrecht ¹⁾ an. Sie sind im einzelnen durch Auslegung als solche festzustellen.

26) Vgl. auch Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 540 ff.; Eberth, aa.O., S. 84/85; s. weitere Angaben gleich unten.

1) Nach der von A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 19, S. 106/107) vorgenommenen systematischen Unterteilung des Individualarbeitsrechts in Arbeitnehmerschutzrecht und Arbeitsverhältnisrecht.

Zur Verdeutlichung sollen im folgenden einige Beispiele von Bestimmungen des Arbeitsverhältnisrechts genannt werden. Hierher gehören die Bestimmungen des Anfechtungsrechts ²⁾, §§ 119, 120, 123 BGB. Sie stellen zweifellos keine Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers dar, weil sie den schutzwürdigen Belangen jeder Vertragspartei Rechnung tragen. Es ist etwa der Fall denkbar, daß ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern üblicherweise zusätzlichen, über den gesetzlichen Anspruch hinausgehenden Urlaub gewährt, der sich nach dem Alter des einzelnen Arbeitnehmers bemißt. Hat sich der Arbeitgeber beim Vertragsabschluß hinsichtlich der Altersangabe eines Arbeitnehmers verhört und deswegen das Alter falsch notiert, dann kann er den Vertragspunkt bezüglich des Urlaubsanspruchs wegen Irrtums anfechten. Eine Anfechtungsmöglichkeit wegen arglistiger Täuschung besteht, wenn ein Arbeitnehmer beim Vertragsabschluß auf Befragung durch den Arbeitgeber hinsichtlich der Höhe seines früheren Lohnes arglistig falsch eine bedeutend höhere Summe angibt und diese die Höhe des neuen Lohnes bestimmt. In beiden Fällen entsteht mit der Anfechtung Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages. § 139 BGB bietet die Möglichkeit, die Auswirkung der Nichtigkeit auf den übrigen Arbeitsvertrag angemessen zu bestimmen. § 139 BGB greift auch dann Platz, wenn Teilnichtigkeit wegen Formverstößes ³⁾ - § 125 BGB - entstanden ist ⁴⁾.

-
- 2) Siehe oben schon S. 6; vgl. auch Sommer, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht I, I Übersicht B III 1; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 IV 7, S. 227; Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 542/543; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202 IV 1 d, S. 1218/1219; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 Nr. 6, S. 583
- 3) Für die Nichtigkeitswirkung des § 125 BGB wird hier stets davon ausgegangen, daß die verletzte Formvorschrift konstitutive und nicht deklaratorische Bedeutung hat. Vgl. für den Unterschied BAG, BAGE, Bd. 5, S. 58 (60)
- 4) So auch Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 542/543; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 29 II, S. 168; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 20 IV 5, S. 192; Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 6; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 154 III 1 b, S. 956

Die Teilnichtigkeit kann verschiedene Gründe haben: Einmal ist der Fall denkbar, daß die für den ganzen Arbeitsvertrag vom Gesetz ⁵⁾ oder vom Parteiwillen ⁶⁾ vorgeschriebene Form in Bezug auf eine einzelne Abrede - z.B. für Akkordarbeiten - nicht eingehalten ist; zum anderen ist der Fall möglich, daß die vom Gesetz oder durch Parteiwillen nur für eine bestimmte einzelne Vereinbarung ⁷⁾ angeordnete Form fehlt. § 139 BGB findet auch Anwendung, wenn ein Teil des Arbeitsvertrages deswegen nichtig ist, weil die gemäß § 1822 Nr. 6, 7 BGB erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung fehlt oder weil eine eingeschränkte Ermächtigung nach § 113 BGB vorliegt und von den Arbeitsvertragsparteien nicht beachtet worden ist. In diesen Fällen kann also § 139 BGB seine Funktion durch Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Arbeitsvertragsparteien erfüllen, insoweit er den Willen der Parteien maßgeblich sein läßt ⁸⁾.

-
- 5) Nach dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz vom 14.8.1969 sind die Fälle, in denen vom Gesetz eine Schriftform verlangt wird, äußerst selten. Die § 126 b GewO, § 79 HGB, § 21 HandWO, die eine Schriftform für gewerbliche, kaufmännische und handwerkliche Lehrverträge verlangten, wurden durch § 100 f., 106 Abs. 1, Nr. 1 und 2 BBildG aufgehoben; ebenso hat Art. 5 V des Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetzes (BGBl 1969, Bd. I, S. 1109) die LandArbO von 1919 außer Kraft gesetzt und damit auch den § 2 LandArbO, der die Schriftform für den Landwirtschaftlichen Arbeitsvertrag vorsah. Auch die Verletzung der von § 4 Abs. 1 BBildG für Berufsbildungsverträge verlangten Form hat nach § 99 Abs. 1, Nr. 1 und Abs. 2 BBildG nicht die Nichtigkeit zur Folge. Vgl. auch Söllner, Arbeitsrecht, § 38 I 2, S. 243
- 6) Im Individualarbeitsrecht gilt, wie sich auch aus der vorigen Fußnote ergibt, der Grundsatz der Formfreiheit. Vgl. statt anderer Hanau, in Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, F III 1, S. 133
- 7) Über den besonderen Fall des § 74 HGB s. unten, S. 130 f.
- 8) Siehe Einzelheiten bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens unten, S. 31 ff.

II. § 138 BGB

Eine der wichtigsten Nichtigkeitsnormen der hier untersuchten Gruppe von allgemeinen Gesetzesbestimmungen stellt § 138 BGB dar. Es ist jedoch sehr umstritten, inwieweit § 138 BGB eine Norm des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren Sinn ist oder nicht. Bejaht man das, so müßten dafür die unten im zweiten Abschnitt der Arbeit zu entwickelnden Regeln gelten. Für § 138 Abs. 2 BGB⁹⁾ kann die Frage hier offen bleiben. Es wird der Ansicht gefolgt, wonach die Sittenwidrigkeit im Rahmen des § 138 Abs. II BGB in jedem Fall die Totalnichtigkeit nach sich zieht¹⁰⁾. Wird zwischen den Arbeitsvertragsparteien etwa ein Hungerlohn oder umgekehrt ein Wucherlohn vereinbart, so ist die Grundlage vertraglicher Beziehungen unheilbar zerstört und das angemessene Ergebnis kann nur die Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrages sein¹¹⁾. Für die Anwendung des § 139 BGB besteht danach sinnvollerweise kein Raum mehr¹²⁾. Deshalb kann auch dahingestellt bleiben, inwieweit § 138 Abs. 2 BGB dem Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn¹³⁾ zuzurechnen ist.

9) Über den Tatbestand des § 138 Abs. 2 BGB s. für alle Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 192, S. 1175 ff.; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 IV 3, S. 195 f.

10) Es wird aber auch bei Verstoß gegen § 138 Abs. 2 BGB eine Restgültigkeit des Vertrages für möglich gehalten. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 192 III, S. 1177; s. insbesondere Eberth, a.a.O., S. 76/77, 82 ff. mit weiteren Hinweisen.

11) Wie hier mit verschiedenen Begründungen s. statt vieler, Heinrichs, in Palandt, § 138 BGB Bem. 4 b; Westermann, in Erman-Kommentar, § 138 BGB Rdnr 72; Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 539

12) Totalnichtigkeit wird auch bei Verstößen gegen das öffentliche Interesse angenommen. So z.B. beim Fehlen der für Ausländer notwendigen Arbeitserlaubnis. Vgl. LAG Baden-Württemberg, DB 1972, S. 193; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 3 c, S. 192

13) Über die Unterscheidung des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren und engeren Sinn s. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 24 I, S. 141/142; § 79 I, S. 804; vgl. auch unten S. 60 ff.

Dagegen ist die Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts als Folge des Sittenverstosses ¹⁴⁾ im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB durchaus möglich ¹⁵⁾ ¹⁶⁾. Dies zeigt sich z.B. bei einer sittenwidrigen Mankovereinbarung. Hier ist deshalb zu prüfen, inwieweit eine Norm des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren Sinn vorliegt oder nicht. Es wird die Ansicht ¹⁷⁾ vertreten, daß § 138 Abs. 1 BGB keine Schutznorm ausschließlich zugunsten des Arbeitnehmers darstelle, und daß deshalb die Teilnichtigkeitsfolgen durch § 139 BGB geregelt werden; § 138 Abs. 1 BGB solle allgemein die Interessen beider Vertragsparteien, d.h. sowohl die des Arbeitnehmers wie auch die des Arbeitgebers schützen. Demgegenüber will ein Teil des arbeitsrechtlichen Schrifttums ¹⁸⁾ dem § 138 Abs. 1 BGB bezüglich seiner Anwendung im Individualarbeitsrecht im konkreten Fall den Charakter der Arbeitnehmerschutzbestimmung nicht absprechen.

-
- 14) Unter Beachtung der vom RG (vgl. RGZ, Bd. 71, S. 108 (112)) aufgestellten Formel vom "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" kann nur die konkrete Fallgestaltung Auskunft darüber geben, wann ein Sittenverstoß vorliegt.
- 15) So auch Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 4, S. 577; Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 138 BGB, Rdnr. 29, § 139 BGB, Rdnr. 6; Eberth (a.a.O., S. 74 ff.), der sich damit eingehend befaßt hat; Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 47; Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 516 ff.; Löffl, Wettbewerbsverbote, S. 34/35 mit weiteren Literaturangaben.
- 16) Ausgenommen sind sicher die Fälle, in denen der Sittenverstoß so groß ist, daß die Totalnichtigkeit als Folge selbstverständlich erscheint; so z.B. im Falle eines "Arbeitsvertrages" zwischen einer Bordellwirtin und einer Dirne; oder die Einstellung eines Arbeitnehmers als Bankräuber. Vgl. auch Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 139/140.
- 17) Vgl. insbesondere Scholz, a.a.O., S. 27 f.; Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 516 ff.
- 18) Vgl. Eberth, a.a.O., S. 77 ff.; Pierer von Esch, a.a.O., S. 129/130; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 20 IV 5, S. 192; Löffl, Wettbewerbsverbote, S. 59

Der ersten Ansicht ist zuzustimmen. Es kann nicht geleugnet werden, daß § 138 Abs. 1 BGB ursprünglich nicht als eine spezielle Arbeitnehmerschutzbestimmung gedacht war, weil er als die "letzte Grenze für die Zulässigkeit aller Rechtsgeschäfte"¹⁹⁾ allgemeine Geltung für alle Vertragsparteien besitzt. Daran kann auch die Tatsache, daß § 138 Abs. 1 BGB in vielen Fällen die Grundlage für die Entwicklung des Arbeitnehmerschutzrechts gebildet hat, nichts ändern. Dies soll ein Beispiel aus dem Kündigungsschutzrecht verdeutlichen. Wie bekannt, bildete § 138 BGB nach der Aufhebung²⁰⁾ des AOG und vor Inkrafttreten des Kündigungsschutzgesetzes vom 10. August 1957 die rechtliche Grundlage, "um überhaupt einen Kündigungsschutz zu gewähren"²¹⁾. Damals konnte man nicht mit guten Gründen behaupten, daß § 138 Abs. 1 BGB mindestens in diesem konkreten Fall keine Arbeitnehmerschutzvorschrift²²⁾ darstellte. Man darf sich aber eben wegen dieser früheren Funktion des § 138 Abs. 1 BGB im Individualarbeitsrecht über den eigentlichen Sinn, Zweck und Inhalt der Bestimmung nicht täuschen lassen; der Gesetzgeber hat inzwischen die Generalklausel des § 138 BGB im Individualarbeitsrecht soweit konkretisiert, daß man heute annehmen kann, daß die arbeitnehmerschutzrechtliche Qualität einer gesetzlichen Bestimmung diesseits des § 138 Abs. 1 BGB beginnt.

Es versteht sich von selbst, daß § 138 Abs. 1 BGB, obwohl nicht darauf bedacht, speziell den Arbeitnehmer zu schützen, im konkreten Fall eine Arbeitnehmerschutzfunktion entwickeln kann. Dies stellt aber nur eine tatsächliche Feststellung dar. Hier geht es nicht darum, eine eventuelle Schutzwirkung

-
- 19) A. Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Einl. S. 42
20) Vgl. darüber A. Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Einl. S. 18 f., § 13 KSchG, Rdnr. 23, 24; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 51 II, S. 750 f.
21) A. Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, § 13 KSchG, Rdnr. 25
22) Für die heutige Bedeutung des § 138 BGB im Kündigungsschutzrecht s. für alle A. Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, § 13 KSchG, Rdnr. 23, 24, insbesondere 25

des § 138 Abs. 1 BGB für den Arbeitnehmer zu verneinen, sondern um die gleichzeitig daraus gezogene Folgerung, die Anwendung des § 139 BGB auszuschließen.

Andererseits kann in Zeiten der wirtschaftlichen Prosperität und Vollbeschäftigung nicht ganz ausgeschlossen werden, daß sich § 138 Abs. 1 BGB als Schutznorm für den Arbeitgeber auswirkt, wenn etwa übermäßige sittenwidrige Arbeitsbedingungen vereinbart sind. Hier will auch die Gegenmeinung eine Ausnahme machen in dem Sinn, daß die Teilnichtigkeitsfolgen von § 139 BGB geregelt werden. Die Gegenmeinung²³⁾ müßte weiter noch eine Ausnahme zulassen, wenn die Nichtigkeit der Abrede auf den gemeinschaftlichen Sittenverstoß beider Arbeitsvertragsparteien zurückzuführen ist.

Aus allem folgt, wie schwer es ist, einer Bestimmung allgemeiner Natur wie § 138 Abs. 1 BGB eine einseitige Schutzrichtung zuzuschreiben.

Der hier vertretenen Auffassung, die für § 138 Abs. 1 BGB eine arbeitnehmerschutzrechtliche Eigenschaft nicht anerkennen will, hat v. Esch²⁴⁾ durch die Gegenüberstellung von §§ 74 a HGB oder § 133 f. GewO und § 138 Abs. 1 BGB Unbilligkeit des Ergebnisses vorgeworfen. Dieser berechtigte Einwand ist aber inzwischen aufgrund der Wandlung der Rechtsprechung des BAG entkräftet. Das BAG²⁵⁾ wendet nämlich inzwischen die Bestimmungen der §§ 74 ff. BGB auf alle Arbeitnehmergruppen an. Die Nichtigkeit von Wettbewerbsverboten kann die Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages nicht mehr in Frage stellen²⁶⁾. So ist ein schwerwiegender Grund für die Annahme einer "Besonderheit des § 138 BGB"²⁷⁾ entfallen.

23) Vgl. Eberth, a.a.O., S. 82

24) v. Esch, a.a.O., S. 129/130; vgl. auch Eberth, a.a.O., S. 31/32

25) Vgl. BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; AP Nr. 23 zu § 133 f. GewO; vgl. ferner Monjau, Die Wettbewerbsverbote, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 7, S. 75 ff. (86/87)

26) Siehe darüber den zweiten Abschnitt dieser Arbeit

27) So Pierer v. Esch, a.a.O., S. 129/130; eine Ausnahme ist zu machen, wenn § 138 BGB als "Medium" der Drittwirkung von Grundrechten fungiert, s. darüber unten, S. 63 f.

Sandrock²⁸⁾ vertritt die Meinung, daß § 139 BGB dann keine Anwendung finden kann, wenn die sittenwidrige und damit nichtige Klausel als Ergebnis des einseitigen Diktats²⁹⁾ der stärkeren Vertragspartei anzusehen ist³⁰⁾. In solch einem Fall ist für ihn, weil der Vertragsmechanismus nicht richtig funktioniert hat³¹⁾, die von § 139 BGB angenommene Voraussetzung der Gestaltungsfreiheit aufgehoben. Zur Begründung dieser These greift er zu "formalen Gesichtspunkten"³²⁾ wie auch zu "materiellen Wertungsmaßstäben"³³⁾. Sein "formales" Argument besteht in der Behauptung, daß in den Teilnichtigkeitsfällen, in denen "die inhaltliche Gestaltungsfreiheit für die eine Partei faktisch aufgehoben und durch die Diktierfreiheit der anderen Partei ersetzt ist"³⁴⁾, ein "Abschlußwille"³⁵⁾ des unterlegenen Vertragspartners fehlt, der aber zusammen mit dem Abschlußwillen des überlegenen Vertragspartners "die Legitimation für die Fortgeltung des restlichen Vertrages bildet"³⁶⁾. Dieses Argument ist nicht überzeugend.

Zunächst einmal hat der Arbeitnehmer - hier als der Unterlegene - durch den Abschluß des "diktierten" Arbeitsvertrages immerhin zum Ausdruck gebracht, daß er darin auch eine Befriedigung seiner Interessen erblickt, daß er also, wenn auch notgedrungen, trotzdem in den Vertrag einwilligt. Wenn nun die Rechtsordnung die Gültigkeit des "diktierten"

28) Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 493 ff., 504

29) Sandrock, Zur ergänzenden Vertragsauslegung, S. 110

30) Sandrock, (AcP, Bd. 159, S. 516 ff., 520 f., 540), der seine Ansicht über "Diktat" ausnahmsweise im konkreten Fall auch bei Drohung anwenden will.

31) Sandrock, a.a.O., S. 496/497

32) Sandrock, a.a.O., S. 494 f.

33) Sandrock, a.a.O., S. 496 f.

34) Sandrock, a.a.O., S. 495

35) Nach der Terminologie von Sandrock, a.a.O., S. 494

36) Sandrock, a.a.O., S. 494/495

Teils nicht anerkennt, wird doch der Arbeitnehmer nach dem Wegfall des für seine Interessen ungünstigen Arbeitsvertragsteils jedenfalls an dem Bestand des übrigen Arbeitsvertragsteils interessiert sein. Es wird aber gerade hier an einem auf Weitergeltung des teilnichtigen Arbeitsvertrages gerichteten Willen des Arbeitgebers ³⁷⁾ fehlen. Dann fragt es sich aber, wie Sandrock diesen Widerspruch lösen will, nachdem er von dem richtigen Standpunkt ausgegangen ist, daß im Rahmen des § 139 BGB der "gemeinsame Abschlußwille" ³⁸⁾ zu berücksichtigen ³⁹⁾ ist; es darf auch nicht außer Acht gelassen werden, daß Sandrock eine extrem subjektive ⁴⁰⁾ Formel zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens vertritt. Sein zweites, "materielles" Argument ist, daß in den hier behandelten Teilnichtigkeitsfällen die "Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus" wegen des einseitigen "Diktats" nicht gewährleistet ist. Auch insoweit kann ihm nicht zugestimmt werden. Zunächst ist davon auszugehen, daß eine pauschale Beurteilung der Arbeitsverträge als diktiert ⁴¹⁾ unerlaubt ist. Im konkreten Fall muß durch eine sorgfältige Überprüfung des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung erforscht werden, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Arbeitsvertragsbestimmungen wirklich "diktiert" hat. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Interessen des Arbeitgebers, d.h. auch sein Drang zum wirtschaftlichen Erfolg, zu respektieren sind. Dieses Verfahren ruft insgesamt eine große Rechtsunsicherheit ⁴²⁾

37) Vgl. darüber die maßgebenden Ausführungen von M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 287/288

38) Sandrock, a.a.O., S. 494

39) Vgl. weitere Bedenken gegen Sandrocks These bei Scholz, a.a.O., S. 34 f.

40) Siehe darüber unten, S. 31 f.

41) Diesen Fall im Zusammenhang mit § 315 BGB s. unten, S.

42) Vgl. auch Scholz, Die Anwendung des § 139 BGB im Arbeitsvertragsrecht, S. 35; vgl. ferner Scniek, Faktische Kündigungsschwerungen, S. 203; Pierer von Esch, a.a.O., S. 114

hervor, da es dem subjektiven Empfinden des Richters überlassen bleibt, ein ausreichend schweres Diktat anzunehmen; bloße Sittenwidrigkeit genügt selbst für Sandroock nicht. Die Ansicht von Sandroock wird deshalb abgelehnt. Sie hat im übrigen auch keinen großen Anklang in der Wissenschaft gefunden ⁴³⁾. Es bleibt also festzuhalten, daß § 138 Abs. 1 BGB keine Bestimmung des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren Sinn darstellt. Wird § 138 Abs. 1 BGB verletzt, bestimmen sich die Folgen einer Teilnichtigkeit aus § 139 BGB ⁴⁴⁾.

§ 4 Rechtliche Behandlung der teilnichtigen Arbeitsverträge nach § 139 BGB

I. Voraussetzungen des § 139 BGB

§ 139 BGB bezieht sich auf Rechtsgeschäfte ¹⁾.

Hier taucht die Frage auf, ob § 139 BGB zur Anwendung kommen kann, wenn den Vertragsparteien bei Vertragsabschluß bekannt war, daß ein Teil ihrer Vereinbarungen nichtig ist, z.B. wegen Ermangelung der gesetzlich vorgeschriebenen Form. In solch einem Fall sind nach der h.M. ²⁾ die Voraussetzun-

43) Vgl. gegen die Auffassung von Sandroock, Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 4, Fußn. 25, S. 576; Larenz, Allg. Teil, § 23 II d, S. 388; Pierer v. Esch, a.a.O., S. 114; Scholz a.a.O., S. 34 ff.

44) So auch Bulla (Mankohaftung des Arbeitnehmers, DB 1952, S. 81) bei Nichtigkeit einer Mankovereinbarung.

1) Vgl. die in dem Lehrbuch von Enneccerus-Nipperdey (Allg. Teil II, § 145 II, S. 896) enthaltene Begriffsbestimmung des Rechtsgeschäfts

2) Vgl. RG, RGZ, Bd. 68, S. 322 (326); Bd. 79, S. 303 (305); Bd. 122, S. 138 (142); Ed. 125, S. 209 (211); Bd. 137, S. 29 (32); BGH, BGHZ, Bd. 45, S. 376 (379); LM Nr. 42 (Bl. 1) zu § 139 BGB; OLG Frankfurt, MDR 1969, S. 760; BAG, BAGE, Bd. 1, S. 258 (270); AP Nr. 4 (Bl. 6) zu Art. 3 GG; vgl. ferner aus dem Schrifttum statt vieler Sandroock, AcP, Bd. 159, S. 483; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 145 II, Fußn. 4, S. 897, § 202 IV 2 a, S. 1220; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 27 II 1 d 4, S. 171; Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 18

gen des § 139 BGB nicht gegeben, weil dann, wenn die Parteien von vornherein wissen, daß ihre Abmachungen nichtig sind, kein Rechtsgeschäft entsteht, nicht einmal ein nichtiges. Die bewußt nichtige Abrede stellt überhaupt kein Rechtsgeschäft dar ³⁾. Für die Anwendung des § 139 BGB bleibt daher kein Raum. Die bewußt nichtige Abrede scheidet aus dem Rechtsgeschäft aus, die übrigen Abreden bleiben bestehen, soweit sie rechtswirksam sind, ohne daß Teilnichtigkeit entsteht ⁴⁾.

Vereinzelte ⁵⁾ wird die h.M. nicht für unbedenklich gehalten und § 139 BGB herangezogen ⁶⁾.

Der h.M. wird hier gefolgt. Abgesehen von dogmatischen Gründen, weil nämlich die bewußt nichtige Abrede überhaupt kein Rechtsgeschäft darstellt ⁷⁾, und deshalb nicht von Nichtigkeit eines Teils im Sinne des § 139 BGB gesprochen werden kann, sprechen auch praktische Gründe für die Richtigkeit der hier bevorzugten Auffassung. In diesem Zusammenhang ist § 139 BGB zur Ermittlung des Parteiwillens überflüssig, denn dem Verhalten der Parteien ist zu entnehmen, daß sie den übrigen Teil des Rechtsgeschäftes als solchen wollten. Es wäre ein Umweg, § 139 BGB anzuwenden, um dann zum gleichen Ergebnis zu gelangen.

Festzuhalten ist also, daß § 139 BGB voraussetzt, daß die Parteien bei Vertragsabschluß keine Kenntnis von der Teilnichtigkeit hatten.

³⁾ Vgl. für alle RG, RGZ, Bd. 68, S. 322 (325/326)

⁴⁾ Anwendung findet § 139 BGB auch dann nicht, wenn sich beim Vertragsabschluß auch nur eine Vertragspartei der Teilnichtigkeit bewußt war. Vgl. Scholz, a.a.O., S. 40/41

⁵⁾ Westermann, in Erman-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. II

⁶⁾ Vgl. Pierer v. Esch (a.a.O., S. 33/34), der für eine analoge Anwendung des § 139 BGB eintritt.

⁷⁾ wie Fußn. 3

Logische Voraussetzung für die Entstehung des Teilnichtigkeitsproblems ist weiterhin das Vorhandensein einer Einheit, die sich in Teile zerlegen läßt. Die Einheitlichkeit⁸⁾ des Rechtsgeschäfts setzt gerade der Wortlaut der Bestimmung des § 139 BGB voraus, wenn es dort um die Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts geht. Nach der Feststellung, daß ein "Ganzes" vorliegt, ist der zweite logische und notwendige Schritt, will man von Teilnichtigkeit überhaupt sprechen, die Untersuchung, ob dieses "Ganze" überhaupt zerlegbar ist. Dies versteht sich von selbst, wenn man sich vor Augen hält, daß die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts in gewisser Hinsicht wieder das "logische prius" für die Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts bildet. Nach der herkömmlichen Terminologie⁹⁾ unterscheidet man zwischen objektiver, subjektiver und quantitativer Teilbarkeit. Bei der objektiven Teilbarkeit handelt es sich um die Teilbarkeit eines Rechtsgeschäfts, das objektiv aus mehreren Teilen besteht. Das Ausscheiden eines Teils bei einem zusammengesetzt einheitlichen Rechtsgeschäft bereitet keine Schwierigkeit. In der Arbeitspraxis kommt es z.B. häufiger vor, daß Arbeitsverhältnis und Ausbildungsverhältnis, Arbeitsvertrag und Mietvertrag (bezüglich einer Werkwohnung), Arbeitsvertrag und Darlehen gekoppelt werden¹⁰⁾. Auch bei streng¹¹⁾ einheitlichen Rechtsgeschäften, d.h. innerhalb ein und desselben Vertrages, ist

8) Über die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäfts vgl. Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 27 II 1 d 2, S. 171; Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 7 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202 IV 1 a, S. 1216; vgl. ferner Pierer v. Esch, a.a.O., S. 34 ff.

9) Vgl. für alle Scholz, a.a.O., S. 45

10) Vgl. auch in BAG (AP Nr. 2 zu § 392 BGB) den Fall der Koppelung zwischen einem Arbeitgeberdarlehen und Aufrechnungsabrede. Ferner vgl. die bei Flume (Das Rechtsgeschäft, § 32 2 a, S. 571 f.) zahlreich zitierten Entscheidungen der Rechtsprechung mit Angabe der Koppelungsmöglichkeiten zwischen verschiedenen Rechtsgeschäften.

11) Vgl. Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 8

die Teilbarkeit möglich ¹²⁾. Unselbständige Nebenbestimmungen ¹³⁾ eines Rechtsgeschäfts können unbeschadet der Fortgeltungsfähigkeit ¹⁴⁾ des restlichen Teils von dem Rechtsgeschäft abgetrennt werden.

Bei streng einheitlichen Arbeitsverträgen ist das Bedürfnis nach Teilbarkeit gerade wegen der häufig beigelegten nicht-selbständigen Nebenbestimmungen von großer Bedeutung.

Nach allgemein gültiger Auffassung ist ein Rechtsgeschäft auch in subjektiver ¹⁵⁾ Hinsicht teilbar. Dies besagt, daß es möglich ist, wenn an einem Rechtsgeschäft mehrere Personen, gleichgültig auf welcher Seite, beteiligt sind, die Teilnahme am Rechtsgeschäft - d.h. die rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Einzelnen - als einen Teil des Rechtsgeschäfts anzusehen. Demzufolge ist die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts mit den übrigen Personen möglich, wenn eine Person aus dem Rechtsgeschäft ausscheidet. Die subjektive Teilbarkeit ist zwar im Individualarbeitsrecht selten, weil meist auf jeder Seite des Arbeitsvertrages nur eine Person, nämlich Arbeitgeber und Arbeitnehmer, und nicht eine Mehrheit von Personen stehen. Die

12) Zur Frage, ob die synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Verpflichtungen ein Hindernis für die Zerlegungsmöglichkeit eines einheitlichen Rechtsgeschäfts darstellt, vgl. statt vieler Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 489 ff.; Pierer v. Esch, a.a.O., S. 62/63; Lang, Teilweise Nichtigkeit, S. 84 ff.

13) Abgesehen selbstverständlich von den wesentlichen Bestandteilen; daß ein Rechtsgeschäft nicht auf seine Essentialia verzichten kann, liegt auf der Hand und daraus ergibt sich, daß die Teilbarkeit objektiv zu bestimmen ist. Vgl. Nolden, Der Grundsatz der Restgültigkeit, S. 42; Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit, S. 66 ff.; Scholz, a.a.O., S. 42/43; Pierer v. Esch, a.a.O., S. 54/55; vgl. bei Eberth (a.a.O., S. 21) Kritik gegen abweichende Auffassungen.

14) Vgl. über die Bestandsfähigkeit des Restes als Teilbarkeitsgrenze statt vieler Larenz, Allg. Teil, § 23 II b, S. 384; Westermann, in Erman-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. 12; RG, RGZ, Bd. 46, S. 234 (236)

15) Vgl. für alle BGH, NJW 1970, S. 240

Mehrgliedrigkeit einer Parteiliste ist dennoch nicht ausgeschlossen¹⁶⁾; so z.B. bei den Gruppenarbeitsverhältnissen, insbesondere im Fall der Eigengruppe¹⁷⁾. Die Ausschaltbarkeit eines oder mehrerer Mitglieder der Eigengruppe, z.B. wegen Geschäftsunfähigkeit, kann einen Fall der subjektiven Teilbarkeit darstellen, wenn die verschiedenen Arbeitsverträge der Mitglieder der Gruppe "in einem mehr oder weniger starken Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen"¹⁸⁾. Auch Arbeitsverträge mit Ehepaaren, die z.B. als Büffetehepaar, Hausmeisterehepaar usw. arbeiten, können, wenn der Nichtigkeitsgrund nur einen der Eheleute trifft, das Problem der subjektiven Teilbarkeit aufwerfen. Schließlich ist heute grundsätzlich anerkannt, daß man das Rechtsgeschäft wie auch eine einzelne Abrede in quantitativer¹⁹⁾ Hinsicht, d.h. nach Zeit, Menge oder Gegenstand, zerlegen kann. Für das Individualarbeitsrecht ist die Anerkennung der quantitativen Teilbarkeit vor allem von Bedeutung bei Nichtigkeit von Wettbewerbsabreden²⁰⁾. In jüngster Zeit hat diese Materie eingehende Behandlung erfahren, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird²¹⁾.

II. Lösungsmöglichkeiten nach § 139 BGB: Totalnichtigkeit oder Restgültigkeit

1. Grundsatz der Totalnichtigkeit in § 139 BGB

Die Regelung des § 139 BGB hinsichtlich der Folgen der Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts geht von dem Grundsatz der

16) Wie Eberth (a.a.O., S. 23) unrichtigerweise annimmt.

17) Siehe darüber A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 78 III, S. 792 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 24 II, S. 229 ff., IV, S. 237 ff.

18) A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 78 III 2 a, S. 793

19) Vgl. die in dieser Frage bahnbrechende Arbeit von Herzog, a.a.O., S. 15 ff., 66 ff.

20) Vgl. auch § 74 a HGB, wo selbst das Gesetz von der Anerkennung der quantitativen Teilbarkeit ausgeht.

21) vgl. Naendrup, Die Teilnichtigkeit, § 48 ff.; Eberth a.a.O., S. 24-32; Pierer v. Esch, a.a.O., S. 56-62

Totalnichtigkeit aus. Das bedeutet, daß ein Rechtsgeschäft, dessen eine Bestimmung aus irgend einem Grund nichtig ist, dadurch insgesamt nichtig wird. Nur ausnahmsweise bleibt der übrige Teil des Rechtsgeschäfts auch ohne die nichtige Bestimmung gültig. Dieses Verständnis des § 139 BGB entspricht ganz der h.M. in Literatur²²⁾ und Rechtsprechung²³⁾. Nolden²⁴⁾ vertritt dagegen die Auffassung, daß § 139 BGB nicht die Totalnichtigkeit als Grundsatz anordnet. Er will den § 139 BGB vielmehr als "eine farblose Auslegungsvorschrift"²⁵⁾ verstehen, um mit ihr "durch ergänzende Auslegung im Rahmen des § 139 BGB den Grundsatz der Restgültigkeit anzuerkennen"²⁶⁾. Nach seiner Meinung gab der Gesetzgeber dem § 139 BGB zwar die Form eines Grundsatzes der Totalnichtigkeit. "Dem ist aber keine Bedeutung beizumessen"²⁷⁾, schreibt er. Gegen eine solche Auffassung steht der eindeutige Wortlaut des § 139 BGB. Der Grundsatz der Totalnichtigkeit tritt hier unzweideutig hervor. Dies folgt aus dem Wortlaut von § 139 BGB, der die Totalnichtigkeit als Regel und die Restgültigkeit als Ausnahmefall beim teilnichtigen Rechtsgeschäft vorsieht²⁸⁾.

22) Vgl. statt vieler Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 1, 2; Westermann, in Erman-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. 1, 6; Coing, in Staudinger-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. 13; Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht C III, Rdnr. 26; Nipperdey-Säcker, AR-Blattei, Tarifvertrag II B, VI 2 b; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202, IV 2, S. 1219

23) Vgl. BGH, LM Nr. 44 zu § 139 BGB; BAG, BAGE, Bd. 1, S. 258 (271); Bd. 20, S. 79 (89)

24) Nolden, a.a.O., S. 17 ff.

25) Nolden, a.a.O., S. 20

26) Nolden, a.a.O., S. 20

27) Nolden, a.a.O., S. 19

28) Deshalb gilt auch die Beweisregel, daß die Partei, die das Eintreten des Ausnahmefalles - Restgültigkeit - geltend macht, darlegungs- und beweispflichtig ist. Siehe Arwed Blomeyer, Beweislast, 46 DJT, Bd. I, S. 8; Rosenberg, Beweislast, § 18 II 2, S. 261; Krüger-Wieland, in BGB-RGRK, § 139 BGB, Rdnr. 24

Weiterhin sprechen die Gesetzesmaterialien zum § 139 BGB gegen die Auffassung von Nolden. Aus ihnen folgt, daß grundsätzlich das ganze Rechtsgeschäft nichtig wird ²⁹⁾.

In dieser Hinsicht brachte die Regelung des § 139 BGB allerdings eine Änderung, denn vorher galt der Grundsatz des "utile per inutile non vitiatur" ³⁰⁾.

Aus den Gesetzesmaterialien wird aber deutlich, daß in § 139 BGB bewußt ³¹⁾ von diesem Grundsatz: Restgültigkeit im Zweifelsfall, zu dem entgegengesetzten Grundsatz: Totalnichtigkeit im Zweifelsfall, übergegangen ist. Diese Änderung ist einschneidend ³²⁾. Die "Relativität" ³³⁾ beider Teilnichtigkeitsgrundsätze, insofern bei beiden der Parteiwille zu berücksichtigen ist, darf nicht zu der Annahme verleiten, daß die Abweichung von der "gemeinrechtlichen Tradition" ³⁴⁾ nicht bedeutsam ³⁵⁾ sei.

Im übrigen ist es bezeichnend, daß andere Autoren, die den § 139 BGB als eine Auslegungsvorschrift ³⁶⁾ werten, trotzdem nicht den in § 139 BGB statuierten Grundsatz der Totalnichtigkeit in Frage stellen.

29) Motive I, S. 222

30) Vgl. über den Standpunkt des römischen und gemeinen Rechts: Regelsberger, Pandekten I, S. 637, Fußn. 5; Nolden, a.a.O., S. 11 ff.; Mayer-Maly, Über die Teilnichtigkeit, in: Gedächtnisschrift für Gschnitzer, S. 281/282; Coing, in: Staudinger-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. 1

31) Mayer-Maly, a.a.O., S. 276

32) Anders allerdings Pierer v. Esch, a.a.O., S. 68

33) Siehe Mayer-Maly, a.a.O., S. 276 ff.; auf die Relativität der beiden Grundsätze bezieht sich auch der Satz von Biermann (Bürgerliches Recht, Bd. I, S. 175, Fußn. 11), wenn er sagt, daß das römische Recht von seinem praktischen Ergebnis her, wenn auch nicht nach seiner Formulierung, denselben Standpunkt wie das BGB eingenommen habe. Deshalb ist die Berufung von Pierer v. Esch (a.a.O., S. 68/69) auf Biermann nicht richtig.

34) Mayer-Maly, a.a.O., S. 276

35) So aber Pierer v. Esch, a.a.O., S. 68

36) Vgl. Westermann, in: Erman-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. 1, 10; Hefermehl, in: Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 1, 16; Lange, Allg. Teil des BGB, § 49 IV 1, S. 313/314; BAG, BAGE, Bd. 1, S. 258 (270/271)

Der Ansicht von Nolden kann deshalb nicht gefolgt werden, zumal er selbst jede Begründung vermissen läßt ³⁷⁾. Es ist festzuhalten, daß in § 139 BGB eine gesetzliche Vermutung ³⁸⁾ der Totalnichtigkeit enthalten ist.

2. Parteiwille als das herrschende Element in § 139 BGB

Es wurde oben dargelegt, daß die Regelung des § 139 BGB eine Neuschöpfung des BGB ist. Nun soll das Verständnis dieser Regelung vertieft werden. Wenn man die Regel - Totalnichtigkeit - und die Ausnahme - Restgültigkeit - miteinander vergleicht, kommt man zu dem Schluß, daß der Gesetzgeber durch die Anordnung der Totalnichtigkeit als Regel, keiner von beiden Vertragsparteien unangenehme Rechtsfolgen aufzwingen wollte. Aus § 139 BGB Halbsatz 2 BGB wird deutlich, daß letztlich allein der Parteiwille darüber bestimmt, ob Totalnichtigkeit eintreten soll. Dies ist eben der Fall, wenn die Parteien nicht gewollt haben, daß der übrige Vertrag auch ohne den nichtigen Teil in Geltung bleibt. So läßt sich die Regelung des § 139 BGB als "Ausfluß der Privatautonomie"³⁹⁾ verstehen. Sehr anschaulich ist die Formulierung von Lange ⁴⁰⁾, der § 139 BGB als Diener der Willensherrschaft bezeichnet.

Diese Auffassung wird auch von den Materialien ⁴¹⁾ zum BGB gestützt. Dort heißt es, daß die Deutung, welche der Verbindung von mehreren zusammenhängenden Willenserklärungen zukommt, lediglich dem Willen der Beteiligten entnommen

37) Über die objektivistische Prägung der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens s. unten, S. 31 ff.

38) Vgl. auch Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 3, 5, S. 575, 581; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 27 II, S. 170; Eberth, a.a.O., S. 32/33; Mayer-Maly, a.a.O., S. 275 ff.; Raiser, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 321; s. auch die oben in Fußn. 22 und 23 angegebenen zahlreichen weiteren Hinweise.

39) So Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 491

40) Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 69

41) Siehe Motive I, S. 222; Mugdan I, S. 475

werden könne⁴²⁾. Diese Aussage wurde immer zugunsten der Privatautonomie interpretiert⁴³⁾. In dieser Richtung hat sich auch die Rechtsprechung⁴⁴⁾ in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen.

Nur Larenz⁴⁵⁾ will, abweichend von der durchaus h. M. in § 139 BGB nicht lediglich ein Ausfluß des Prinzips der Privatautonomie erkennen. Er vertritt den Standpunkt, daß § 139 BGB auch auf dem Gedanken einer im Sinne der Parteien "richtigen" Regelung beruht. Er stellt damit zusätzlich auf eine "ergänzende objektive Wertung"⁴⁶⁾ ab.

Der Auffassung von Larenz kann nicht zugestimmt werden. Sie findet im Gesetz keine Stütze⁴⁷⁾. In Übereinstimmung mit dem Wortlaut des Gesetzes, den Motiven zum BGB und der h. A. in Rechtslehre⁴⁸⁾ und Rechtsprechung⁴⁹⁾ ist davon auszugehen, daß der Grund für die in § 139 BGB normierte Regel allein und ausschließlich in dem grundsätzlichen Bestreben des Gesetzgebers liegt, das Prinzip der Privatautonomie mit der vertraglichen Gestaltungsfreiheit der Parteien zur Geltung zu bringen.

42) Vgl. auch die Formulierung des § 114 des ersten Entwurfes zum BGB; ferner die überzeugenden Ausführungen von Mayer-Maly, a.a.O., S. 275/276

43) Vgl. für alle Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 207

44) Vgl. RG, RGZ, Bd. 68, S. 322 (326); Bd. 104, S. 102 (104); Bd. 122, S. 138 (141); OLG Celle, JW 1926, S. 1029 (1030); nach BGH (LM Nr. 42 zu § 139 BGB) solle § 139 BGB der Verwirklichung des Parteiwillens dienen; vgl. auch das BAG, BAGE, Bd. 1, S. 258 (270); s. auch oben, S. 2, Fußn. 8

45) Larenz, Allg. Teil, § 23 II c, S. 385

46) Larenz, Allg. Teil, § 23 II c, S. 386, Fußn. 4

47) Über objektivistische Formeln zu Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens s. unten, S. 31 ff.

48) Statt vieler vgl. Regelsberger, Pandekten Bd. I, S. 637 II; André, in: Festgabe für Enneccerus, S. 29; Mayer-Maly, a.a.O., S. 276; Hefermehl, in: Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 2; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 17; Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 491

49) Siehe Angaben oben, Fußn. 44

3. Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens

a) Wirklicher oder hypothetischer Parteiwille

Es ist strittig, ob es sich bei dem Halbsatz 2 des § 139 BGB um die Ermittlung des wirklichen ⁵⁰⁾ oder des hypothetischen ⁵¹⁾ Parteiwillens handelt.

Dieser Streit muß als unglücklich betrachtet werden, weil beide, d.h. wirklicher und hypothetischer Parteiwille, sukzessiv zu berücksichtigen sind. Zuerst muß der wirkliche Parteiwille beachtet werden. Aus der nicht zwingenden Vorschrift des § 139 BGB ergibt sich nämlich die Möglichkeit für die Arbeitsvertragsparteien, durch eine besondere Vereinbarung ⁵²⁾ die Teilnichtigkeitsfolgen abweichend von der Regel des § 139 BGB zu bestimmen. In diesem Fall gibt es keine Konfrontation zwischen dem wirklichen und dem hypothetischen Parteiwillen, da der hypothetische Parteiwille hinter den wirklichen, der aktuell da ist, zurückzutreten hat. Es muß aber betont werden, daß in den wenigsten Fällen die Arbeitsvertragsparteien eine Vereinbarung treffen ⁵³⁾. In der Regel ist ein aktueller Wille der Arbeitsvertragsparteien nicht zu finden, weil sie zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses meist nicht an die Möglichkeit einer Teilnichtigkeit ihrer Vereinbarungen denken.

In Ermangelung eines wirklichen Parteiwillens kommt man zum hypothetischen Parteiwillen, d.h. zur eigentlichen Anwendung des § 139 Halbsatz 2 BGB. Wenn nun die Anhänger eines wirk-

50) So Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202 IV 2, S. 1219; Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 17; s. weitere Literaturangaben bei Pierer v. Esch, a.a.O., S. 65 Fußn. 1

51) Vgl. statt vieler Sandrock, AcP Bd. 159, S. 483; Scholz, a.a.O., S. 49 ff.; Pierer v. Esch, a.a.O., S. 66 ff., 72 ff. mit zahlreichen weiteren Hinweisen

52) Diese kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Die Form ist belanglos. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 205 I, 1 - 3, S. 1248 f.

53) Vgl. auch Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 483, Fußn. 8

lichen Parteiwillens die Auffassung vertreten, daß es im Rahmen des § 139 Halbsatz 2 BGB nur um die Ermittlung eines wirklichen Willens gehe, so ist diese Auffassung, wie sich deutlich aus den vorangegangenen Erörterungen ergibt, falsch. Es bleibt für den Fall, daß ein wirklicher Parteiwille nicht vorliegt, kein Raum nach einem wirklichen Parteiwillen zu suchen, weil sich die Vertragsparteien darüber keine Gedanken gemacht haben⁵⁴⁾. Folglich bliebe den Anhängern eines wirklichen Parteiwillens im Bereich des § 139 Halbsatz 2 BGB nichts anderes übrig, als in Bezug auf das praktische Ergebnis immer von der Vermutung des § 139 BGB auszugehen, daß nämlich die Totalnichtigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages gewollt sei⁵⁵⁾.

Des Restvertrag kann im Rahmen des § 139 Halbsatz 2 BGB nur durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens aufrecht erhalten werden, den die Vertragsparteien im Zeitpunkt des Abschlusses zwar nicht wirklich geäußert haben, den sie aber geäußert hätten, wenn sie sich der Teilnichtigkeit bewußt gewesen wären.

Die Feststellung des hypothetischen Parteiwillens bereitet aber große Schwierigkeiten. Darauf soll im folgenden näher eingegangen werden.

b) Verfahren zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens

Es fragt sich, wie weit man gehen kann, wenn man auf den hypothetischen Parteiwillen abstellt und wissen will, was die Arbeitsvertragsparteien in Kenntnis der Teilnichtigkeit

54) Vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen von Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 5, S. 578; vgl. auch Pierer v. Esch, a.a.O., S. 68 f.; Scholz a.a.O., S. 50 ff.

55) Vgl. auch Scholz, a.a.O., S. 50; ferner Pierer v. Esch, a.a.O., S. 66

gewollt hätten. Zum Teil wird die Meinung vertreten, daß bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens lediglich subjektive⁵⁶⁾ Elemente berücksichtigt werden dürfen. Eine andere Meinung stellt auf den verobjektivierten⁵⁷⁾ Parteiwillen ab, um die Schwierigkeiten, die auf subjektivem Gebiet im Rahmen der Prüfung zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens entstehen, zu vermeiden. Von ihr wird das Teilnichtigkeitsproblem von § 139 Halbsatz 2 BGB losgelöst und als eine Wertungsfrage angesehen⁵⁸⁾.

Gegen beide Meinungen bestehen Bedenken.

Würde man der absoluten objektiven Richtung folgen, so wäre der Parteiwille trotz des eindeutigen Wortlauts der Bestimmung des § 139 BGB völlig ausgeschaltet. Dabei kann wohl kein Zweifel bestehen, daß durch die objektive Richtung zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens die Zahl der teilnichtigen Rechtsgeschäfte, die trotz der Teilnichtigkeit und des Vorhandenseins des § 139 BGB aufrecht erhalten bleiben, erheblich steigen würde. Das ist wohl der Grund für die Zuflucht zur objektivistischen Formel⁵⁹⁾. Die objektivistische Meinung entfernt sich aber, wie schon gesagt, allzusehr von dem Wortlaut des Gesetzes, das auf dem Prinzip der Privatautonomie⁶⁰⁾ basiert. Es ist durchaus möglich, daß eine konsequente Anwendung der von dieser Meinung geforderten

56) Siehe Sandrock, AcP, Bd. 139, S. 484; vgl. ferner Naendrup (Die Teilnichtigkeit, S. 149 ff.), der den Parteiwillen auch absolut als den "eigentlichen Regulator der Teilnichtigkeitsfolgen" nennt; Lang (Teilweise Nichtigkeit, S. 54 ff., 184/185) will nach dem hypothetischen Parteiwillen nur subjektiv ermitteln.

57) Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 5, S. 578 ff.; abgesehen von absolut "extremen" objektiven Standpunkten (vgl. die Angaben bei Pierer v. Esch, a.a.O., S. 67 und Fußn. 7), die hier unberücksichtigt bleiben.

58) So Flume, a.a.O.

59) Vgl. auch Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 286

60) Siehe oben, S. 28 f.

"Wertung" unter Vernachlässigung subjektiver Momente zu Ergebnissen führen würde, die den individuellen Interessen der Parteien nicht gerecht werden, obwohl das Gesetz ihre Berücksichtigung ausdrücklich anordnet. Einer solchen "massiven Umdeutung" ⁶¹⁾ des § 139 BGB kann daher nicht zugestimmt werden.

Illusorisch wäre auch eine absolut subjektive Richtung. Sie stellt den Richter vor unlösbare Probleme, denn es ist nicht möglich den subjektiven hypothetischen Parteiwillen außerhalb gewissen objektiven Anhaltspunkten festzustellen. Die unbegrenzte Zahl der Faktoren, die die besondere Interessenlage jedes am Rechtsgeschäft Beteiligten beeinflussen, kann letztlich nicht vollständig aufgedeckt werden ⁶²⁾. Daher kann eine objektivistische Ausprägung der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens nicht verleugnet werden, will man sich vor einer nur "theoretischen" Möglichkeit zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens bewahren.

Vernünftige Ergebnisse lassen sich deshalb nur auf der Grundlage eines vermittelnden Standpunktes erreichen. Es ist davon auszugehen, daß die gleichzeitige Berücksichtigung objektiver und subjektiver Momente einander nicht ausschließt. Vielmehr befinden sie sich in wechselseitiger Maßgeblichkeit und Abhängigkeit. Dazu kann auch auf die Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung hingewiesen werden ⁶³⁾. Die rechtliche Situation ist sowohl bei dem Institut der ergänzenden

61) Mayer-Maly, in: Gedächtnisschrift für Gschnitzer, S. 275; vgl. auch S. 277 und Fußn. 48

62) Daß eine solche absolute, extrem subjektive Formel nicht geeignet zur Lösung des Problems ist, wird von Brox (Die Einschränkung, S. 131) in Bezug auf die verwandte Problematik der Erforschung des hypothetischen Parteiwillens im Bereich der ergänzenden Vertragsauslegung durch das Beispiel unterstrichen, in dem die Vertragsparteien in eine Anstalt eingewiesen werden, damit ihre Absichten ärztlich erforscht werden können!

63) Siehe allgemein über ergänzende Vertragsauslegung Larenz, Allg. Teil, § 29 I, S. 455 ff.; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 16 4, S. 321 ff.; Knopp, in Soergel-Siebert, § 157 BGB, RdNr. 99 ff.

Vertragsauslegung als auch bei der Erforschung des hypothetischen Parteiwillens im Rahmen des § 139 BGB sehr ähnlich⁶⁴⁾. In beiden Fällen wird dem Umstand Rechnung getragen, daß die Parteien nicht alle Probleme, die bei der Erfüllung des Vertrages hervortreten, vorhergesehen haben können⁶⁵⁾. Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung wird allerdings häufig nach rein objektiven Maßstäben gewertet. Deswegen ist bei einer entsprechenden Anwendung der Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung Vorsicht⁶⁶⁾ geboten. Es ist aber richtig, neben den subjektiven Momenten jedenfalls auch § 157 BGB heranzuziehen, nach dem untersucht wird, welche Entscheidung die Vertragsparteien vernünftigerweise⁶⁷⁾ unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte getroffen hätten⁶⁸⁾. Dies sind objektive Momente. Im folgenden soll nun dargestellt werden, wie mit Hilfe der hier

64) Wie hier auch Pierer v. Esch (a.a.O., S. 72 ff.), der die entsprechende Heranziehung der ergänzenden Vertragsauslegung zur Basis seiner eingehenden Ausführungen über die Methode der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens gemacht hat. Vgl. nun auch Larenz, Allg. Teil, § 23 II c, S. 386

65) Siehe die in Fußn. 63 angegebenen Autoren.

66) Davor warnt auch Pierer v. Esch, a.a.O., S. 76; s. im übrigen Säcker (Gruppenautonomie, S. 160, Fußn. 10) mit Hinweisen auf Vertreter objektivistischer Formeln im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung.

67) So auch die gemäßigte objektivistische Formel von Nipperdey (Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202 IV 2, S. 1219), wenn man von seinem unrichtigen Ansatzpunkt, wo er nach dem wirklichen Parteiwillen (s. oben, S. 30 f.) sucht, absieht. In die gleiche Richtung geht auch das viel zitierte Urteil des RG (RGZ, Bd. 118, S. 218 (222)), das von einer "vernünftigen Abwägung" spricht; vgl. ferner die Formel von Biermann (Bürgerliches Recht, Bd. I, § 52, S. 175), nach der für die Vertragsparteien der übrige Vertragsteil aufrechtzuerhalten sei, wenn "soviel praktischen Wert besitzt, daß sie ihn auch als selbständiges Rechtsgeschäft vorgenommen haben würden". Flume (a.a.O., § 32 5, S. 579) wie auch Nipperdey (a.a.O., § 202 IV 2, Fußn. 49, S. 1219) nehmen Bezug auf diese Biermann'sche Formel.

68) In dieser Richtung bewegen sich auch die Arbeiten von Scholz (a.a.O., S. 57 ff., 67) und Pierer v. Esch (a.a.O., S. 72 ff., 79/80), deren Verdienst es ist, daß sie eine Vielzahl von Gesichtspunkten angeführt haben, die bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens zu beachten sind.

vertretenen Formel von der Vereinigung⁶⁹⁾ der subjektiven und objektiven Betrachtungsweise der hypothetische Parteiwille festgestellt werden kann.⁷⁰⁾

Dazu ist zunächst auf das Parteiinteresse⁷¹⁾ abzustellen. Die Abwägung des Parteiinteresses hat subjektive und objektive Elemente zu berücksichtigen.

Für das Individualarbeitsrecht gilt, daß gewöhnlich der Arbeitnehmer im stärkeren Maß⁷²⁾ als der Arbeitgeber an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages interessiert ist. Man kann annehmen, daß der, der das größere Interesse am Abschluß des Vertrages hatte, dann, wenn die Frage der Teilnichtigkeit bei Vertragsabschluß aktuell geworden wäre, mit großer Wahrscheinlichkeit dazu geneigt hätte, den Arbeitsvertrag auch ohne die nichtige Klausel abzuschließen. Hier darf aber nicht vergessen werden, daß von § 139 BGB die Berücksichtigung des Willens der beiden⁷³⁾ Kontrahenten vorgeschrieben ist. Für die Seite des

69) Als Synthese der in Schrifttum vertretenen Auffassung. In dieser Richtung geht auch die heutige Tendenz bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung; vgl. Säcker (a.a.O., S. 159 f., 160, FuBn. 10) mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch die Auffassung von Martin Wolff, IPR, § 28 IV, S. 142/143; im internationalen Privatrecht wird auch das Problem der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens, falls die Vertragsparteien eine bestimmte Rechtsordnung nicht bestimmt hatten, untersucht.

70) Abgesehen von den vereinzelten Auffassungen, die durch ein besonderes Verständnis der "Willenserklärung" und des Vertragsmechanismus auch den Schwierigkeiten der hier behandelten Frage begegnen wollen. Vgl. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 174 ff., 232 ff.; vgl. ferner den Standpunkt von Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 288 ff.; s. bei Eberth (a.a.O., S. 43 ff.) eingehende Darstellung der Lehre Pawlowski's.

71) Vgl. darüber auch Pierer v. Esch, a.a.O., S. 78

72) Wenn er sogar durch die Teilnichtigkeit von "für ihn ungünstigen oder gar knebelnden Bestimmungen" (so BAG, AP Nr. 1 (Bl. 32) zu § 306 BGB) befreit wird.

73) Vgl. für alle Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, RdNr. 19

anderen Vertragspartner - des Arbeitgebers - ist streng zu prüfen, ob er, wenn er sich der Teilnichtigkeit bewußt gewesen wäre, auch auf derart geänderte, sozusagen "gestutzte" Vertragsbedingungen eingegangen wäre. Deswegen kann Eberth ⁷⁴⁾ nicht zugestimmt werden, wenn er davon ausgeht, daß "der Arbeitgeber aufgrund seiner wirtschaftlichen Überlegenheit ein besonderes Verständnis für die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers hätte und als verantwortungsbewußter Vertragspartner handeln wollte". Mit solchen allgemeinen Gesichtspunkten läßt sich in der Praxis wenig anfangen. Der Maßstab besonderen Verständnisses für die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ist in Bezug auf die Ermittlung des Parteiwillens des Arbeitgebers nichtssagend.

Der Wille des Arbeitgebers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geht in erster Linie auf Verwirklichung eigener Interessen. Es läßt sich sehr wohl denken, daß er einmal kein Interesse an der Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages hat. Der Richter ist nicht befugt ihm im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers einen Arbeitsvertrag aufzuzwingen, den er vermutlich nicht vereinbart hätte. Der Gedanke vom "verantwortungsbewußten Vertragspartner" trifft den Arbeitgeber so gut wie den Arbeitnehmer und man kann ihn nicht einseitig gegen den Arbeitgeber interpretieren ⁷⁵⁾. Hier kann der Arbeitnehmer durch andere, glaubwürdigere objektive Momente ausreichend geschützt werden. Diese müssen aber, da sie sich ausschließlich zugunsten des Arbeitnehmers auswirken sollen, außerhalb ⁷⁶⁾ des Anwendungsbereiches des § 139 BGB liegen. Dann aber darf nicht von der Erforschung des hypothetischen Parteiwillens gesprochen werden.

Als Hilfsmittel bei der Erforschung des hypothetischen Parteiwillens ist auch zu betrachten, was die Arbeitsvertragsparteien

⁷⁴⁾ Eberth, a.a.O., S. 43

⁷⁵⁾ Gegen einseitige Formeln, die nur vom "vernünftigen Arbeitgeber" sprechen, vgl. auch die zutreffende Kritik von Söllner, Anm. zum BAG, AF Nr. 144 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁷⁶⁾ Siehe unten, S. 95 ff.

im wichtigen Vertragsteil vereinbart haben, obwohl ihm das Gesetz die Gültigkeit versagt hat. So kann im konkreten Fall die Totalnichtigkeit des teilsichtigen Arbeitsvertrages mit dem Hinweis auf die "Geringfügigkeit"⁷⁷⁾ des wichtigen Teils verneint werden. Zum Teil verneint das BAG⁷⁸⁾ aber in diesem Fall überhaupt das Entstehen einer Teilsichtigkeit. Es hatte folgenden Fall zu entscheiden. Ein Schaltmechaniker war nebenbei auch als Musiker tätig. Der Arbeitsvertrag, den er als Musiker abgeschlossen hatte, war aber, weil unter Berücksichtigung der Arbeitszeit des ersten Arbeitsverhältnisses die Höchst-arbeitszeitgrenze gemäß § 3 AZO überschritten war, teilsichtig geworden. Das BAG mußte jetzt über die Auswirkung der Teilsichtigkeit auf das Schicksal des Musikervertrages als Ganzes entscheiden.

Das BAG⁷⁹⁾ nahm nun nicht die Teilsichtigkeit des Musikervertrages an. Es begründete seine Meinung damit, daß die Höchst-arbeitszeitgrenze nicht auf das "Stärkste überschritten"⁸⁰⁾ worden sei. Richtiger wäre m.E. eine Begründung, wonach der Musikervertrag als teilsichtig angenommen wird, jedoch wegen der Geringfügigkeit des wichtigen Teils keine Totalnichtigkeit eintritt. Denn es liegt nahe, daß die Parteien den Arbeitsvertrag bei der Geringfügigkeit der Arbeitszeitüberschreitung auch ohne diese wichtige Abrede abgeschlossen hätten. Dieses Verfahren ist deshalb vorzuziehen, weil dadurch die fragwürdige Unterscheidung zwischen Überschreitung der gesetzlichen zulässigen Arbeitszeit "auf das Stärkste" und weniger starken Überschreitung vermieden wird⁸¹⁾. Erst im Rahmen des § 139 Halbsatz 2 BGB hat eine solche Unterscheidung einen Sinn⁸²⁾.

Die "Geringfügigkeit" des wichtigen Teils hindert also - abweichend vom BAG - nicht die Entstehung der Teilsichtigkeit,

77) Vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202 IV 2, S. 1220; vgl. ferner Pierer v. Esch, a.a.O., S. 82/83

78) Siehe BAG, AP Nr. 2 zu 1 AZO

79) a.a.O.

80) BAG, AP Nr. 2 (Leitsatz 3) zu § 1 AZO

81) Vgl. auch die in diesem Punkt ablehnende Anmerkung von Gitter, AP Nr. 2 zu § 1 AZO

82) Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei darauf hingewiesen, daß im Rahmen der Arbeit eine grundsätzlich andere Ansicht bei Verletzung von Arbeitnehmerschutzgesetzen - AZO - vertreten wird; s. unten, -S. 95 ff.

sondern wird im Rahmen der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens berücksichtigt.

Hierher gehört auch das bereits genannte Beispiel ⁸³⁾, in dem die Abrede über den zusätzlichen Urlaub wegen der falsch verstandenen Altersangabe nichtig wurde. Bei der Geringfügigkeit der Urlaubsüberschreitung - 1 bis 2 Tage - ist eher anzunehmen, daß die Vertragsparteien nach Erforschung ihres hypothetischen Parteiwillens, wenn ihnen die Teilnichtigkeit bekannt gewesen wäre, den Arbeitsvertrag abgeschlossen hätten. Vermutlich wird selbst im Falle der arglistigen Täuschung im Hinblick auf die Lohnhöhe ⁸⁴⁾ die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages im übrigen den Interessen des Arbeitgebers entsprechen. Er hat nun nur den gesetzlichen Lohn - § 612 Abs. 2 BGB - zu gewähren. Denkbar ist aber auch, daß der Arbeitgeber bei einem anders gelagerten Fall ⁸⁵⁾ in Kenntnis der Teilnichtigkeit kein Interesse an der Beschäftigung des Arbeitnehmers hat. Deswegen kann Mohnen ⁸⁶⁾ nicht zugestimmt werden, wenn er hier die Anwendung des § 139 BGB mit der Folge der Totalnichtigkeit nur "in Ausnahmefällen" ⁸⁷⁾ zulassen will. Eine solche Voreinschränkung der Anwendung des § 139 BGB ist mit dem Gesetz selbst nicht vereinbar ⁸⁸⁾.

Auch die "Überflüssigkeit" des nichtigen Teils eines Arbeitsvertrages wird bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens in der Weise berücksichtigt, daß meist Restgültigkeit des teils nichtigen Arbeitsvertrages angenommen wird ⁸⁹⁾.

83) Siehe oben, S. 13

84) Siehe oben, S. 13

85) Siehe oben, S. 6

86) Nipperdey-Mohnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB Rdnr. 97

87) Brox (Die Einschränkung, S. 273) will im Anfechtungsrecht immer Restgültigkeit annehmen, obwohl aber seine Verweisung auf Nikisch (Brox, a.a.O., S. 273, Fußn. 17) gegen seine Ansicht spricht.

88) Es kann deshalb auch Langer (Mankohaftung, S. 57) nicht zugestimmt werden, wenn er für die Annahme einer Totalnichtigkeit die Umstände eines besonders gelagerten Falles verlangt.

89) So auch der BGH, BGHZ, Bd. 3, S. 206 (209); Westermann, in Erman-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. 10; die Gegenmeinung aber, die dabei die Entstehung der Teilnichtigkeit verneint, ist stark vertreten. Vgl. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 2 b, S. 573; Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr. 14; aufdringlich Pierer v. Esch, a.a.O., S. 55/56

Weiterhin ist für die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens von großer Bedeutung, welche Wichtigkeit der übrige Vertragsteil für die Arbeitsvertragsparteien hat. Wenn der übrige Arbeitsvertragsteil sehr wichtig ist und das "Interesse am Zustandekommen des Vertrages stark gewesen"⁹⁰⁾ ist, dann kann man annehmen, daß die Arbeitsvertragsparteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit den Vertrag trotzdem geschlossen hätten. Alles in allem bleibt festzuhalten, daß bei der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens im Rahmen des § 139 Halbsatz 2 BGB sowohl die Restgültigkeit wie auch die Totalnichtigkeit des teillnichtigen Arbeitsvertrages als mögliche Folgen zu betrachten sind. Was im konkreten Fall eintritt, hängt vom Ergebnis der Untersuchung der objektiven und subjektiven Momente ab.

Zweiter Unterabschnitt

Rechtsfolgen der Anwendung des § 139 BGB für den Arbeitsvertrag

§ 5 Rechtsfolgen bei Totalnichtigkeit

Für die Entscheidung der Frage, welche Wirkung die Totalnichtigkeit auf das rechtliche Schicksal des Arbeitsvertrages hat, wird hier zwischen dem Zeitraum vor Arbeitsaufnahme¹⁾ und dem Zeitraum nach Arbeitsaufnahme unterschieden²⁾. Auch auf der Grundlage der Vertragstheorie³⁾, welcher in der Arbeit gefolgt wird, ist es durchaus denkbar, daß der Abschluß des Arbeitsvertrages und der eigentliche Beginn der Arbeit zeitlich⁴⁾ nicht zusam-

90) BAG, AP Nr. 1 (Bl. 32) zu § 306 BGB

1) Vgl. bei A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 3, S. 185 und Fußn. 5), Dietz (Kommentar zum BetrVG, § 4 Rdnr. 30) andere Termini

2) Diese Unterscheidung ist bei der Untersuchung von "Mängeln des Arbeitsvertrages" im arbeitsrechtlichen Schrifttum geläufig. Vgl. für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I, S. 183 f.

3) Siehe oben, Fußn. 5, S. 7 und unten, S. 47

4) Vgl. auch A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 21 II, S. 118, § 21 IV 3 a, S. 122

menfallen; so z.B., wenn der Arbeitsplatz noch nicht betriebsfertig ist oder der Arbeitnehmer durch eine mehrmonatige Kündigungsfrist anderswo gebunden ist.

I. Vor Arbeitsaufnahme

Für die Zeit vor Arbeitsbeginn werden nach einhelliger Auffassung ⁵⁾ die Nichtigkeitsregeln des allgemeinen Teils des BGB zur Anwendung gebracht, mit der Begründung, daß sich, weil die Arbeit noch nicht begonnen hat, zwischen den Arbeitsvertragsparteien noch kein besonderes Verhältnis entwickelt hat, das - vor allem im Hinblick auf eine Nichtigkeit mit der Folge der rückwirkenden Auflösung des Arbeitsverhältnisses und mit Rücksicht auf die Interessen des Arbeitnehmers - einer besonderen Behandlung bedürfte.

Dieser Ansicht ist beizupflichten. In diesem Zeitraum stößt die Abwicklung der Beziehungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien nach Bereicherungsrecht noch auf keine Schwierigkeiten. Demnach hat der Arbeitnehmer keinen vertraglichen Lohnanspruch, sondern nur Bereicherungsansprüche gemäß §§ 812 ff. BGB. Falls der Arbeitnehmer einen Lohnvorschuß erhalten hat, muß er ihn dem Arbeitgeber nach den Regeln des Bereicherungsrechts zurückerstaten. Jede Partei kann sich auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages berufen und von dem Arbeitsverhältnis sich lösen. Es besteht für keine Arbeitsvertragspartei irgendeine Bindung aus dem Arbeitsverhältnis.

II. Nach Arbeitsaufnahme

Um die Gestaltung der rechtlichen Verhältnisse innerhalb des totalnichtigen Arbeitsvertrages anschaulicher werden zu lassen,

5) Vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 II, S. 185/186; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 IV 1, S. 222; Wlotzke-Volze, in Soergel-Siebert, § 611 BGB, Rdnr. 28, 29; Nipperdey-Mohnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB, Rdnr. 96; Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2 a, S. 205; Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht C III, Rdnr. 26

soll zwischen dem Zeitraum vor und nach der Geltendmachung des Teilnichtigkeitsgrundes bzw. der Anfechtung eines Teils des Arbeitsvertrages unterschieden werden.

1. Die Zeit bis zur Geltendmachung des Teilnichtigkeits- bzw. des Teilanfechtungsgrundes

a) Abwicklungsschwierigkeiten nach Bereicherungsrecht

Falls ein Rechtsgeschäft nichtig ist, fehlt ihm von Anfang an jede Rechtswirkung; wird der Nichtigkeitsgrund geltend gemacht, so wirkt das grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück. Ist das Rechtsgeschäft anfechtbar, wird ihm durch die Anfechtung ebenfalls von Anfang an die vertragliche Grundlage entzogen; das Rechtsgeschäft wird rückwirkend vernichtet⁶⁾. Es fragt sich aber, ob das auch für den Arbeitsvertrag gilt, d.h., ob bei einer rückwirkenden Totalnichtigkeit ein gerechter Ausgleich der zivilrechtlichen Interessen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber stattfindet. Dagegen spielt die Frage einer rückwirkenden Nichtigkeit hinsichtlich der Anwendung des Arbeitsgerichtsgesetzes, des Sozialversicherungsrechts und des Arbeitnehmerschutzrechts im engeren Sinn keine Rolle. Denn für die Anwendung des Arbeitsgerichtsgesetzes ist ein vollgültiger Arbeitsvertrag nicht erforderlich⁷⁾. Ebenso ist für die Anwendung des Sozialversicherungsrechts die Vollwirksamkeit des Arbeitsverhältnisses nicht Voraussetzung; das Vorliegen nur eines Beschäftigungsverhältnisses⁸⁾ ist erforderlich und ausreichend. Auch das Arbeitnehmerschutzrecht im engeren Sinn muß hier erwähnt werden, dessen Anwendung zugunsten des Arbeitnehmers nicht von der privatrechtlichen Gültigkeit des Arbeitsvertrages abhängig ist, sondern an die Tatsache der Arbeitsleistung anknüpft⁹⁾.

6) Vgl. darüber für alle Pawlowski (Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen) § 2, S. 9 ff.

7) Vgl. für alle G. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 97 IV 1 b aa, Fußn. 24, S. 918

8) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 9 III 2 b, Fußn. 13, S. 40; Söllner, Arbeitsrecht, § 8 I 1, S. 49

9) Vgl. Söllner, Arbeitsrecht, § 25 III, S. 180; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 9 III 2 b, S. 40, § 79 III, S. 805

Im Unterschied dazu wirkt sich aber eine rückwirkende Totalnichtigkeit mit der Folge, daß die Regeln des BGB und insbesondere §§ 812 ff. BGB zur Anwendung gelangen, unmittelbar auf die Interessenlage der Arbeitsvertragsparteien aus. Der Arbeitnehmer kann seinen Lohnanspruch für die erbrachte Arbeitsleistung nicht aufgrund des nichtigen Arbeitsvertrages verlangen, sondern ist auf einen außervertraglichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gemäß §§ 812 ff. BGB verwiesen ¹⁰⁾. Er verliert also seinen vertraglichen Lohnanspruch, an dem er als die meist einzige Grundlage seiner Existenz ein besonderes Interesse haben muß. Die Anwendung der §§ 812 ff. BGB führt weiter dazu, daß die erbrachte Arbeitsleistung nicht als solche, d.h. in natura, zurückgewährt werden kann, sondern lediglich ihr "Wert" ¹¹⁾ gemäß § 818 Abs. 2 BGB zu ersetzen ist. Die Berechnung dieses Wertes kann nun Schwierigkeiten bereiten, so z.B., wenn die Arbeitsleistung innerhalb einer Gruppe ¹²⁾ von Arbeitnehmern erbracht worden ist oder wenn sie in einer Kundenanwerbungstätigkeit ¹³⁾ besteht. Im übrigen kann sich der Arbeitgeber gemäß § 818 Abs. 3 BGB bei gegebener Sachlage auf den Wegfall ¹⁴⁾ der Bereicherung berufen. Dies führt zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung des Arbeitnehmers. Weiterhin weist das Arbeitsverhältnis als ein stark personenbezogenes Rechtsverhältnis ¹⁵⁾, das von besonderen gegenseitigen Treuepflichten geprägt ist, besondere Abwicklungsschwierigkeiten ¹⁶⁾ auf. Dies gilt vor allem dann, wenn es bereits für

10) Allgemein über Bereicherungsrecht siehe die Darstellung bei Esser, Schuldrecht II, §§ 100 ff., S. 330 ff.; Larenz, Schuldrecht II, §§ 68 ff., S. 401 ff.; Söllner, AR-Blattei, Ungerechtfertigte Bereicherung, I Übersicht

11) "Wegen der Beschaffenheit des Erlangten". Vgl. für alle, Esser, Schuldrecht II, § 105 I 2, S. 378; Thomas, in Palandt, § 818 Bem. 5

12) Siehe dazu Ramm, Die Anfechtung, S. 6; ferner auch Brox, Die Einschränkung, S. 234

13) Über den sog. Ersparnisgedanken vgl. die eingehenden Ausführungen darüber bei Brox, Die Einschränkung, S. 234; Ramm, Die Anfechtung, S. 7 f., ; vgl. auch die Darstellung bei Lieb, Ehegattenmitarbeit, S. 86 ff., 89 ff.

14) Vgl. für alle Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 396

15) Siehe darüber oben, S. 7 ff.

16) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht I, § 19 IV 2, S. 173

längere Zeit ¹⁷⁾ bestanden hat ¹⁸⁾. Das Bereicherungsrecht, das mit einer rückwirkenden Totalnichtigkeit zur Anwendung gelangen wurde, kann hier kaum zu angemessenen Ergebnissen führen. So fragt es sich, wie die Verschwiegenheitspflicht ¹⁹⁾ des Arbeitnehmers, oder seine Ansprüche auf Urlaub ²⁰⁾ oder Ruhesgeld ²¹⁾ zu begründen sind. Dies gilt ganz allgemein für alle Nebenpflichten der Arbeitsvertragsparteien, die Ausflüsse ihrer gegenseitigen Treupflichten darstellen. Dabei stellt sich wiederum das Problem der Berechnung solcher Leistungen. Aus diesen Gründen wird die Anwendung der Bereicherungsvorschriften allgemein abgelehnt ²²⁾.

Beuthien ²³⁾ dagegen ist der Auffassung, daß das Bereicherungsrecht, wenn man es "funktionsgerecht" ²⁴⁾ versteht, fähig ist, angemessene Ergebnisse herbeizuführen. Dieser Ansicht ²⁵⁾ hat sich auch Lieb ²⁶⁾ in seiner Habilitationsschrift angeschlossen.

-
- 17) Über die Bedeutung der Eigenschaft des Arbeitsverhältnisses als eines Dauerrechtsverhältnisses in dem hier untersuchten Zusammenhang, vgl. Brox, Die Einschränkung, S. 234; derselbe BB 1964, S. 527; vgl. ferner Ramm, Die Rechtswirkung der Anfechtung des Arbeitsvertrages, AuR 1963, S. 98, Ziff. b § 32 I 3, S. 184.
- 18) Vgl. für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 3, S. 184.
- 19) Vgl. auch Brox, Die Einschränkung, S. 235; derselbe BB 1964, S. 527.
- 20) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 2, S. 184.
- 21) Vgl. für alle Nikisch, Arbeitsrecht I, § 41 I 2, S. 572/573; s. aber Schwerdtner, Fürsorgetheorie, S. 145 ff., 168 ff.; BAG, Urteil vom 12.2.1971, RdA 1971, S. 253.
- 22) Vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 2, S. 184; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, C III Rdnr. 26; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 6 I 2, S. 25; Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 394 f.
- 23) Beuthien, Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis, RdA 1969, S. 161 ff.
- 24) Beuthien, RdA 1969, S. 167 Fußn. 78; vgl. auch Lieb, Ehegattenarbeit, S. 109.
- 25) Im Rahmen der Arbeit kann die Theorie von Beuthien lediglich im Hinblick auf ihre Grundthesen, nicht aber in Bezug auf die im einzelnen tiefgreifende Argumentation verfolgt werden.
- 26) Lieb, a.a.O., S. 96, Fußn. 66.

Beuthien kann aber die "Hauptschwierigkeiten" des Bereicherungsrechts nicht meistern und ist deswegen dazu gezwungen, eine Ausnahme von § 818 Abs. 3 BGB zu machen. Er meint nämlich, daß es bei Arbeitsleistungen "keinen Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB"²⁷⁾ geben könne. Der Arbeitgeber sei um den Wert²⁸⁾ der Arbeit selbst bereichert²⁹⁾. Ähnlich meint Lieb³⁰⁾, daß "die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft", ihre "Nutzungsmöglichkeit selbst ..., unabhängig" davon, "ob die Verwendung auch erfolgreich war"³¹⁾, die Bereicherung des Arbeitgebers darstelle. Diese Argumentation läuft auf eine fingierte Bereicherung des Arbeitgebers hinaus. Denn die Arbeit, die zu keinem Ergebnis geführt hat, hat dem Arbeitgeber kein "etwas"³²⁾ verschafft und er ist daher in diesem Fall real nicht bereichert. Besondere Schwierigkeiten hat Beuthien weiterhin bei der Behandlung der Nebenpflichten zwischen den Arbeitsvertragsparteien. Beuthien betont sogar selbst die besondere Abwicklungsschwierigkeit der Urlaubsfrage³³⁾ nach Bereicherungsrecht³⁴⁾.

27) So Beuthien, RdA 1969, S. 167, Ziff. VII 4a, S. 173; vgl. auch Lieb, a.a.O., S. 97, 109; s. aber Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II, S. 205, Fußn. 15

28) Beuthien, RdA 1969, S. 164/165, Ziff. VII 2 a, b, S. 173

29) Vgl. über die Schwierigkeit der Ermittlung der maßgebenden "Vergütung" nach Bereicherungsrecht bei Ramm, Die Anfechtung, S. 6 ff.; Brox, Die Einschränkung, S. 234; derselbe, Die Anfechtung von Dauerrechtsverhältnissen, BB 1964, S. 527; Beuthien (RdA 1969, S. 165, Ziff. VII 2 c, S. 173) führt in Bezug auf die Berechnung der Arbeitsleistung aus, daß sich der Lohnwert nicht nach den ersparten Lohnkosten, sondern nach dem jeweiligen Arbeitsmarkt richte.

30) Lieb, a.a.O., S. 96/97

31) Lieb, a.a.O., S. 97

32) Vgl. für alle Esser, Schuldrecht II, § 101, S. 342 f.; Mühl, in Soergel-Siebert, § 812 BGB, Rdnr. 181

33) Beuthien, RdA 1969, S. 170, Ziff. VII 6 f.

34) Vgl. auch Söllner (Arbeitsrecht, § 28 II, S. 205, Fußn. 15), der der Ansicht ist, daß Beuthien diese Schwierigkeiten nicht im Rahmen des Bereicherungsrechts meistern könne.

Abschließend ist festzustellen, daß alle Bemühungen, das fehlerhafte Arbeitsverhältnis sachgemäß nach Bereicherungsrecht abzuwickeln, ein tiefgreifendes Umdenken bei den Grundsätzen des Bereicherungsrechts voraussetzt³⁵⁾. Die zukünftige Entwicklung der Dogmatik im Bereicherungsrecht wird zeigen, inwieweit es dann geeignet ist, auch für das Arbeitsverhältnis einen angemessenen Interessenausgleich zu finden. Derzeit ist es dazu jedoch nicht geeignet, da es auf Austauschverhältnisse des Bürgerlichen Rechts zugeschnitten ist und für die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses nicht paßt³⁶⁾. Das Bereicherungsrecht wird also nicht wegen "gefühlsmäßiger Hemmungen", wie Dölle³⁷⁾ behauptet, sondern aufgrund der sich mit ihm ergebenden "Realisierungsschwierigkeiten"³⁸⁾ abgelehnt.

b) Ausschluß der ex tunc-Wirkung der Nichtigkeit bzw.
erfolgreichen Anfechtung

Die Erkenntnis, daß mit dem Bereicherungsrecht nicht auszukommen ist, hat dazu geführt, daß nach der heute herrschenden und gefestigten Auffassung in Rechtslehre³⁹⁾ und Rechtsprechung⁴⁰⁾ nach Invollzugsetzung des Arbeitsverhältnisses dessen Auflösung

-
- 35) Vgl. auch Söllner, AR-Blattei, Ungerechtfertigte Bereicherung I, Übersicht I B I 1 a; Beuthien (RdA 1969, S. 173, Fußn. 143) selbst ist der Überzeugungskraft seiner Theorie nicht ganz sicher.
- 36) Vgl. für alle Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 395; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 83, S. 101; Canaris, Atypische faktische Arbeitsverhältnisse, BB 1967, S. 167
- 37) Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten, ZgStW Bd. 103, S. 93; kritisch zu Dölle's Ansicht Ramm, Die Anfechtung, S. 10; vgl. auch Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 395
- 38) BAG, AP Nr. 13 (Bl. 2) zu § 612 BGB
- 39) Vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 2, 3, S. 184, § 32 III 3, S. 191/192; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 19 IV, S. 172 ff.; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht, C III Rdnr. 26; Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2, S. 205; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 75 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202 II 3, S. 1214
- 40) Vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 138 BGB, Nr. 1 zu § 611 BGB Wegezeit; IAG Bremen, AP Nr. 1 zu § 611 BGB Anlernverhältnis; BAG, BAGE Bd. 5, S. 58 (65/66); Bd. 8, S. 47 (Leitsatz 4); Bd. 14, S. 180 (186/187); Bd. 15, S. 17 (21/22); Bd. 20, S. 298 (304); vgl. auch BGH, BGHZ Bd. 53, S. 152 (158)

mit rückwirkender Kraft als Folge rechtswirksamer Anfechtung oder Geltendmachung irgend eines anderen Nichtigkeitsgrundes ausgeschlossen ist ⁴¹⁾. Das hat zur Folge, daß das Arbeitsverhältnis für die Vergangenheit als fehlerfrei behandelt wird. Dadurch wird ermöglicht, daß dem Arbeitnehmer sämtliche Rechte aus dem Arbeitsvertrag, darunter auch in vollem Umfang der vertragliche ⁴²⁾ Lohnanspruch, für die Vergangenheit zuerkannt werden.

Dies entspricht der Lehre vom sog. faktischen ⁴³⁾ Arbeitsverhältnis ⁴⁴⁾. Zur dogmatischen Begründung dieser Auffassung über den Ausschluß der Rückwirkung der Nichtigkeit werden verschiedene Ansichten vertreten.

Zuerst muß in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden, daß heute die Eingliederungstheorie ⁴⁵⁾ zur Begründung der Ein-

41) Wenn aber der Arbeitsvertrag "in eklatanter Weise gegen das Gesetz verstößt" (Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 II 3, S. 216) werden nach h.M. die allgemeinen Nichtigkeitsvorschriften angewendet. Vgl. für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 II 3 c, S. 191/192; BAG, BAGE Bd. 14, S. 180 (187)

42) So A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 3 b, S. 191; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 6 I 2, S. 26; Dersch RdA 1958, S. 444; teilweise wird mangels eines anderen Anhaltspunktes für die Bestimmung der Höhe des geschuldeten Arbeitslohnes § 612 Abs. 2 BGB analog herangezogen. Vgl. Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 87. Die Bedenken von Ramm (Die Anfechtung, S. 11) gegen eine Heranziehung des § 612 BGB gehen ins Leere, weil § 612 BGB lediglich als dispositive Regel zur Bemessung der Höhe des vertraglichen Lohnes und nicht als zwingendes Recht herangezogen wird. Vgl. darüber die überzeugenden Ausführungen von Siebert, a.a.O., S. 86

43) Siehe die Angaben in Fußn. 39 und 40

44) Der Terminus "Faktisches Arbeitsverhältnis" steht für die Anfechtungsfälle nicht ganz richtig, weil das Arbeitsverhältnis bis zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Anfechtungsgrundes nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich existiert; terminologische Bedenken hat auch Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 75/76; Hanau, in Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, F III 3, S. 135

45) Hauptvertreter Nikisch, Arbeitsrecht I, (2. Aufl. 1955) § 19 II, S. 137 ff.; vgl. ferner Maus, Arbeitsrecht, I. Teil, Grundlagen, S. 16/17, II. Teil Grundbegriffe des Arbeitsrechts (Lieferung 1971), S. 14 ff.; vgl. auch den Standpunkt von Küchenhoff, in Erman-Kommentar, § 611 BGB, Rdnr. 53 ff.

schränkung der Wirkung der Nichtigkeit - nur ex nunc - ungeeignet ist. In ihrer älteren Form, nach der das Arbeitsverhältnis durch die tatsächliche Einstellung bzw. Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betrieb begründet wird, hat sie sich als unhaltbar ⁴⁶⁾ erwiesen. Die Modifizierung, die sie durch Nikisch ⁴⁷⁾ erfahren hat, indem er zwischen einem durch den Arbeitsvertrag begründeten Rechtsverhältnis und einem durch die Eingliederung begründeten Rechtsverhältnis unterschied, hat - gerade durch die auch von ihm unterstrichene Betonung der Bedeutung des Arbeitsvertrages - zu ihrer endgültigen Überwindung ⁴⁸⁾ beigetragen. Andererseits kann sich die Vertragstheorie, der hier gefolgt wird ⁴⁹⁾, in Einklang mit der Lehre des faktischen Arbeitsverhältnisses befinden, nachdem sie für die Begründung des Arbeitsverhältnisses einen, wenn auch mangelhaften ⁵⁰⁾, Arbeitsvertrag genügen läßt. Daher kann nicht mehr für die Eingliederungstheorie in Anspruch genommen werden, daß nur sie fehlerhafte Arbeitsverhältnisse dogmatisch einwandfrei zu behandeln weiß ⁵¹⁾. Im übrigen wird zu Recht darauf hingewiesen, daß die Überwindung der Schwierigkeiten bei der Abwicklung fehlerhafter Arbeitsverhältnisse, die nur "Ausnahmefälle" ⁵²⁾ darstellen, nicht dazu führen darf,

46) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht I, (3. Aufl.) Vorwort VIII

47) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 19 II 2, S. 164/165, § 19 II 5, S. 167 f.

48) Wiedemann (Das Arbeitsverhältnis, S. 5) behauptet, daß sogar die Eingliederungstheorie widerlegt sei. Dagegen aber Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie, S. 25/26 und Fußn. 64

49) Siehe darüber oben, S. 7, Fußn. 5

50) Siehe für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 21 II, S. 118, IV 4, S. 123 f.

51) Allgemein wird aber die Verwischung der Unterschiede und die gegenseitige Annäherung der beiden Theorien hervorgehoben. So A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 21 V, S. 127; Dietz, Kommentar zum BetrVG, § 4 Rdnr. 22; Söllner, Arbeitsrecht, § 1 I, S. 13; Nikisch, Arbeitsrecht I, Vorwort VIII; Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 95; G. Hueck, Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers RdA 1969, S. 216

52) So Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2 b, S. 205; vgl. ferner bei Wiedemann (Das Arbeitsverhältnis, S. 75/76) verschiedene andere Bedenken.

durch Überbetonung des faktischen Moments die vorrangige Bedeutung des Arbeitsvertrages als rechtliche Grundlage der Verhältnisse zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer - also letzten Endes das Prinzip der Privatautonomie ⁵³⁾ - zu verkennen. Mit der Ablehnung der Eingliederungstheorie sind zugleich auch alle die Theorien abgelehnt worden, die ihr verwandt sind und die wie sie dem tatsächlichen Vollzug große Bedeutung beimessen. Zu diesen Theorien zählt der Lösungsversuch von Simitis ⁵⁴⁾, der in Anlehnung ⁵⁵⁾ an Haupt ⁵⁶⁾ die These vertritt, daß das Faktum als solches Recht schafft; dieser Lösungsversuch wurde mit Recht wegen Überbewertung der soziologischen Komponenten scharf ⁵⁷⁾ kritisiert und endlich abgelehnt ⁵⁸⁾. Ramm ⁵⁹⁾ versucht die Problematik des faktischen Arbeitsverhältnisses dadurch zu lösen, daß er es in drei Bestandteile aufgliedert und seinen Kernbereich - das Grundrecht des Arbeitnehmers auf ein Existenzminimum - von der Anfechtung unberührt lassen möchte. Ein klagbares ⁶⁰⁾ Grundrecht kann aber der geltenden Rechtsordnung nicht ohne weiteres entnommen werden. Die Meinung von Ramm, die im übrigen ohne Anklang ⁶¹⁾ blieb, ist deshalb abzulehnen.

-
- 53) Nach Wiedemann (Das Arbeitsverhältnis, S. 5) "bedroht die Eingliederungstheorie in ihrer extremen Gestalt unmittelbar die Freiheit der Person"; vgl. auch A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 21 IV 1, 2, S. 120/121, § 21 V, S. 127; ferner Fabricius, Leistungsstörungen, S. 88/89
- 54) Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 315 ff., 392 f.
- 55) Vgl. Simitis, a.a.O., S. 315 ff.
- 56) Siehe Haupt, Über Faktische Vertragsverhältnisse, in: Festschrift für Siber, Bd. II, S. 5 ff., 16 ff.
- 57) Siehe vor allem die kritische Rezension zu Simitis' Arbeit von Ballerstedt, AcP Bd. 157, S. 117 ff.; vgl. auch gegen die allgemeine Haupt'sche Lehre (wie Fußn. 56) über die sog. "Faktische Vertragsverhältnisse" Siebert, a.a.O., S. 77/78
- 58) Vgl. Beuthien, RdA 1969, Ziff. II 2, S. 162 mit in Fußn. 5 angegebenen zahlreichen Literaturhinweisen.
- 59) Allerdings nur über die Anfechtung des Arbeitsvertrages, s. Ramm, Die Anfechtung, S. 30 ff.; denselben, AuR 1963, S. 97 ff.
- 60) Siehe Siebert, a.a.O., S. 79; Farthmann, Jus 1964, S. 145
- 61) Vgl. die Kritik der Ansicht von Ramm bei G. Hueck, RdA 1956, S. 156; Siebert, a.a.O. S. 79 f.; Farthmann, Jus 1964, S. 144/145; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 3, Fußn. 4, S. 185

Des weiteren wurde versucht, das hier anstehende Problem dogmatisch in Anwendung der Lehre des venire contra factum proprium zu lösen ⁶²⁾. Dieses aus Treu und Glauben - § 242 BGB - hergeleitete Verbot der unzulässigen Rechtsausübung ⁶³⁾ setzt voraus, daß der Arbeitsvertrag uneingeschränkt - ex tunc - nichtig ist. Wenn aber der Arbeitgeber die Arbeitsleistung aufgenommen hat, wird ihm, wenn er sich auf die Nichtigkeit beruft, die Einrede des v.c.f.p. entgegengehalten, da er sich sonst mit seinem eigenen vorhergehenden Verhalten - Beschäftigung des Arbeitnehmers - in Widerspruch ⁶⁴⁾ setzen würde.

Gegen diese Begründung spricht, daß sie als generelle Lösung vorgeschlagen wird. Es kann die im einzelnen Fall mögliche Berufung auf das Verbot des v.c.f.p. nicht verallgemeinert und dem Arbeitnehmer, obwohl man die Wirkung der Nichtigkeit ex tunc annimmt, ein quasi-vertraglicher ⁶⁵⁾ Lohn eingeräumt werden. Selbst Canaris ⁶⁶⁾, der dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens weitgehende Anwendungsmöglichkeiten einräumt, spricht prinzipiell dem Verbot des v.c.f.p. die Fähigkeit ab, das Problem des "faktischen Arbeitsverhältnisses" allgemein lösen zu können ⁶⁷⁾.

Soweit aber verhindert werden soll, daß sich der Arbeitgeber auf die Nichtigkeit im einzelnen Fall beruft, bestehen dagegen keine Bedenken, einen Verstoß gegen das Verbot des widersprüchlichen Verhaltens anzunehmen, was übrigens in der Lehre ⁶⁸⁾ schon geschieht ⁶⁹⁾.

62) So für die Nichtigkeitsfälle, Nipperdey-Mohnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB, Rdnr. 104

63) Vgl. allgemein darüber Weber, in Staudinger-Kommentar, § 242 BGB, Rdnr. D 323 ff.; Heinrichs, in Palandt, § 242 BGB Bem. 4 C 11; Knopp, in Soergel-Siebert, § 242 BGB, Rdnr. 228 ff.

64) Wie Fußn. 62

65) Er wird mit dem vertraglichen Lohn gleichgesetzt. Vgl. Nipperdey-Mohnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB Rdnr. 104

66) Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S. 266 ff., 287 ff., 445 f., 447 ff.

67) Canaris, a.a.O., S. 447/448

68) Vgl. A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 2 a, S. 190) für den Fall des nicht vollgeschäftsfähigen Arbeitnehmers

69) Vgl. auch den Versuch von Canaris (a.a.O., S. 448 ff.), an Hand des Instituts der Vertrauenshaftung wegen widersprüchlichen Verhaltens, eine Neufassung der Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis zu erreichen.

Ferner versucht man mit Hilfe des Gedankens der Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit ⁷⁰⁾ des Arbeitnehmers eine rechtliche Begründung und dogmatische Konstruktion der ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit zu erreichen. Diese Ansicht wird abgelehnt, weil das arbeitsrechtliche Schutzprinzip keine unmittelbare ⁷¹⁾ normative Kraft besitzt, die die Anwendung des § 142 BGB ausschließt ⁷²⁾.

Weiterhin wird die Rückwirkung der Nichtigkeit deshalb verneint, weil sie mit dem Charakter des Dauerschuldverhältnisses unvereinbar sei ⁷³⁾. Die Berufung auf den Charakter des Arbeitsverhältnisses als eines Dauerschuldverhältnisses kann aber zu Mißverständnissen führen. In diesem Zusammenhang muß mit Nachdruck betont werden, daß es sich bei der rückwirkenden Nichtigkeit nicht darum handelt, Geschehenes ungeschehen zu machen oder anders ausgedrückt, etwas Tatsächliches aus der Welt zu schaffen, wie oft von Anhängern dieser Meinung angenommen wird ⁷⁴⁾. Daß die Rückwirkung der Nichtigkeit nur eine Fiktion sein kann, bedarf keiner besonderen Begründung: "Facta infecta fieri non possunt" ⁷⁵⁾. Daraus folgt, daß diese Auffassung nicht als dogmatische Begründung der Abwendung des

70) Vgl. Farthmann, Zur Anwendbarkeit von Arbeitsverträgen, RdA 1958, S. 338; denselben, Jus 1964, S. 146; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 78; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 6 I 2, S. 25

71) So Farthmann, RdA 1958, S. 340/341

72) Siehe über das arbeitsrechtliche Schutzprinzip ausführlich unten, S. 98 ff., 105 ff.

73) Vgl. Nipperdey-Mönnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB, RdNr. 96; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 III 3, S. 110

74) Vgl. BAG, AP Nr. 2 (Bl. 4) zu § 125 BGB; AP Nr. 1 (Bl. 2) zu § 616 BGB Doppelarbeitsverhältnis; vgl. ferner ähnliche Ausdrucksweise bei Nipperdey-Mönnen-Neumann (in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB, RdNr. 96) "Tatbestände geschaffen, die sich nicht einfach weglegen lassen".

75) Wie hier auch A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 2, Fußn. 2, S. 184; Beuthien, RdA 1969, S. 164, Ziff. VII 1; Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 145; Brox, Die Einschränkung, S. 225

Bereicherungsrechts dienen kann, wie sie eventuell den Anschein 76) erweckt 77).

Schließlich begründet man die ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit mit dem Hinweis auf das besondere Wesen des Arbeitsverhältnisses als eines personenbezogenen Rechtsverhältnisses 78).

Diese Auffassung hat nicht nur den Vorteil, daß sie die Billigkeitsentscheidung, die zur ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit geführt hat, offen zum Ausdruck bringt, sondern sie trägt gerade auch der Eigenart des Arbeitsverhältnisses Rechnung 79). Sie kann deshalb auch zur dogmatischen Begründung der ex nunc-Wirkung der Totalnichtigkeit herangezogen werden. Dies tut auch A. Hueck 80), dem hier gefolgt wird 81).

Innerhalb der dargelegten, durchaus h.A. über die ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit sind dennoch einige Fragen strittig. Die Ansichten teilen sich zunächst bei der Frage, ob von dem Prinzip der ex nunc-Wirkung auch die Nichtigkeit lediglich eines Teiles des Vertrages erfaßt wird. Einige Autoren 82) wollen die nichtige Abrede, wenn der gesamte Arbeitsvertrag

76) Vgl. z.B. Schaub (Arbeitsrechtshandbuch, § 35 III 3, S. 110), der schreibt, daß aufgrund eines realisierten... Vertrages ein Lebenstatbestand erwachsen sei, der nicht negiert werden könne; vgl. auch das BAG: "das gelebte Arbeitsverhältnis kann nicht rückgängig gemacht werden", in: AP Nr. 4 (Bl. 5) zu § 60 HGB

77) Gegen eine Begründung bloß mit dem Charakter des Dauerrechtsverhältnisses vgl. auch Wiedemann (Das Arbeitsverhältnis, S. 77/78), der weitere Argumente anführt.

78) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 3, S. 184; Dietz, Kommentar zum BetrVG, § 4, Rdnr. 29, 30; vgl. auch Wlotzke-Volze, in Soergel-Siebert, § 611 BGB, Rdnr. 30; Siebert, a.a.O., S. 82, die aber noch andere Gesichtspunkte nennen.

79) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 I 3, S. 184

80) A. Hueck, a.a.O.

81) Zur dogmatischen Begründung im einzelnen, die den Rahmen der Arbeit sprengen würde, wird auf A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 21 IV 4, S. 123 ff, § 32 I 3, S. 184) verwiesen.

82) Vgl. Wlotzke-Volze, in Soergel-Siebert, § 611 BGB, Rdnr. 32; Nipperdey-Mohnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB, Rdnr. 97

totalnichtig wird, für die Vergangenheit erhalten und die Nichtigkeit insgesamt, also für den ganzen Arbeitsvertrag ex nunc wirken lassen. Nach einer anderen Meinung⁸³⁾ wird die nichtige Abrede rückwirkend aufgehoben und durch eine gesetzliche bzw. übliche ersetzt, die dem übrigen Teil des Arbeitsvertrages zugefügt wird, dessen Nichtigkeit ex nunc eintritt.

Gegen die letztgenannte Meinung bestehen Bedenken. Sie befürwortet eine starre dogmatische Anwendung der Nichtigkeitsnormen, die innerhalb der Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrages, wie schon erörtert wurde, nicht zu billigen ist. Nachdem die Anwendung des § 139 BGB zu einer Angleichung⁸⁴⁾ des rechtlichen Schicksals der verschiedenen Teile des Arbeitsvertrages geführt hat, nämlich zur Totalnichtigkeit, ist es nicht gerechtfertigt hinsichtlich der Rechtsfolgen der Totalnichtigkeit wieder zu einem unterschiedlichen Ergebnis zu gelangen. Im übrigen wird die praktische Abwicklung des nichtigen Arbeitsvertrages durch die Aufspaltung in teils ex tunc teils ex nunc nichtige Teile kompliziert.

Es wird deshalb der Meinung gefolgt, die bei Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrages eine allgemeine Durchbrechung der Nichtigkeitsnormen befürwortet und für den ganzen nichtigen Arbeitsvertrag die ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit annimmt.

Vom Ergebnis der ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit bei Anfechtung ausgehend wird weiterhin teilweise versucht, die Anfechtung mit der außerordentlichen Kündigung in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen gleichzusetzen⁸⁵⁾. Vereinzelt wird sogar die Anfechtungsmöglichkeit des Arbeitsvertrages schlechthin abgelehnt⁸⁶⁾. Diese Ansicht berücksichtigt aber die Unterschiede

83) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 IV 7, S. 226/227

84) Etwas anderes ist selbstverständlich, wenn die Nichtigkeit des Teiles allein steht; s. darüber unten, S. 56 f.

85) Vgl. Larenz (Anm. zu BAG, AP Nr. 1 zu § 119 BGB), wo er um den Umstand der ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit bei erfolgreicher Anfechtung zu schildern, von "Kündigung" spricht.

86) Vgl. Frey, Können Arbeitsverhältnisse angefochten werden?, AuR 1953, S. 167 ff.

zwischen den beiden Rechtsbehelfen hinsichtlich Funktion, Voraussetzung und Wirkung nicht hinreichend. Die ex nunc wirkende Anfechtung stellt nur eine Modifizierung des Anfechtungsrechtes dar, ohne daß sie dazu führen kann, die Grenzen und Unterschiede zwischen Kündigung und Anfechtung zu verwischen⁸⁷⁾. Deshalb kann dieser Ansicht nicht zugestimmt werden. Kündigung und Anfechtung bleiben also weiterhin selbständig nebeneinander bestehen.

Der Arbeitgeber ist, soweit er den Arbeitsvertrag erfolgreich anfechtet, nicht verpflichtet die Kündigungsschutzvorschriften⁸⁸⁾ zu beachten⁸⁹⁾. Ebenfalls entfällt bei einer Anfechtung wegen Willensmangels die nach § 102 Abs. 1 BetrVG bestehende Pflicht, den Betriebsrat vor jeder Kündigung, auch der außerordentlichen, zu hören.

Vereinzelte wird die Auffassung vertreten, daß es bei einer vom Arbeitgeber ausgehenden Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung bei der ex tunc-Wirkung bleibt, d.h. § 142 Abs. 1 BGB wird unverändert angewendet und der Arbeitnehmer wird auf Bereicherungsansprüche verwiesen⁹⁰⁾.

Begründet wird diese Ansicht mit dem Argument, es dürfe dem betreffenden Arbeitnehmer nicht gestattet sein, sich auf seine eigene Arglist berufen zu können. Die h.M. will aber diese

87) Siehe die Zusammenstellung der Unterschiede zwischen Anfechtung und außerordentlicher Kündigung bei BAG, BAGE, Bd. 5, S. 15 9 ff.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 II 2, S. 107/108

88) Wie hier auch A. Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, § 1 KSchG, Rdnr. 39; Hanau, in Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, F III 3, S. 135; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch § 35 II 2, S. 108; vgl. auch den Standpunkt von Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II a, S. 205

89) Dies bedeutet auch, daß § 13 KSchG i.V.m. § 4 KSchG im Rahmen der Anfechtung nicht in Anwendung gelangt. So Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 II 2, S. 108; Stahlhacke, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 105 GewO V 4 b mit weiteren Hinweisen. Anders allerdings A. Hueck, Kommentar zum KSchG, § 1 KSchG, Rdnr. 39 mit Hinweisen.

90) Siehe Ramm, Die Anfechtung, S. 38; denselben, AuR 1963, S. 99 (107); Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 79; vgl. ferner Mayer-Maly, Anm. zu BAG, AP Nr. 32 zu § 63 HGB

Ausnahme von der Regel der ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit nicht zulassen ⁹¹⁾. Der h.M. ist zuzustimmen. Es ist nicht einleuchtend, warum die verschiedenen möglichen Willensmängel unterschiedlich behandelt werden sollten. Der Einheitlichkeit der Lösung ist der Vorzug zu geben, da auch in diesem Rahmen in den Ergebnissen eine interessengemäße Lösung gefunden werden kann. Der Bedrohte oder der Getäuschte hat nämlich die Möglichkeit, gegen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis die Einrede der Arglist ⁹²⁾ bzw. Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung geltend zu machen ⁹³⁾. Als Ergebnis bleibt festzustellen, daß der Arbeitnehmer mit Hilfe der generellen ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit so geschützt wird, daß er für die Vergangenheit keine nachteiligen Folgen in Bezug auf seine materiellen Interessen erleidet.

2. Die Zeit nach der Geltendmachung des Teilnichtigkeits- bzw. Teilanfechtungsgrundes

Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis wird nach dem Gesagten für die Vergangenheit wie ein fehlerfreies behandelt, nicht aber auch für die Zukunft ⁹⁴⁾. Die Nichtigkeit ist durch eine Ver-

91) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 1 a, Fußn. 8, S. 186/187; Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2 a, S. 205; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 III 3, S. 110; Hanau, in Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, F III 3, S. 135 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 IV 5, S. 226; BAG, AP Nr. 32 zu § 63 HGB

92) So A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 1 a, Fußn. 8, S. 186/187; Wlotzke-Volze, in Soergel-Siebert, § 611 BGB, Rdnr. 32

93) Über andere Einzelheiten der Durchführung der ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit s. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III, IV, S. 186 ff., 192ff.; Sommer, Anfechtung im Arbeitsrecht, AR-Blattei, Anfechtung im Arbeitsrecht I, I Übersicht BI 2; Siebert, a.a.O., S. 87 ff.

94) Vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 1 a, S. 186, § 32 III 3 a, S. 191 f.; derselbe, Grundriß, § 18 II, S. 60; Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2 a b, S. 205

nichtbarkeit ⁹⁵⁾ des Arbeitsverhältnisses zu ersetzen. Beiden Arbeitsvertragsparteien wird das Recht eingeräumt, sich auf die Nichtigkeit zu berufen und das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Dies hat dann zur Folge, daß der Arbeitnehmer keine Verpflichtungen mehr hat, die Arbeitsleistung zu erbringen. Der Arbeitgeber braucht dann keinen Arbeitslohn mehr zu bezahlen. Es ist also festzustellen, daß für die Zukunft die Nichtigkeitsnormen des BGB und insbesondere die Totalnichtigkeit keine Einschränkung in ihrer Wirkung erfahren.

III. Ergebnis

Als Ergebnis der obigen Ausführungen bleibt festzuhalten, daß die Wirkung der Totalnichtigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages stark modifiziert worden ist. Das Prinzip der Wirkung der Nichtigkeit ex nunc führt dazu, daß die volle Wirkung der Totalnichtigkeit nur für die Zeit nach der Geltendmachung des Teilnichtigkeits- bzw. Teilanfechtungsgrundes eintreten kann. Daraus folgt, daß praktisch die Anwendung des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht eingeschränkt ist. § 139 BGB ist nur für die Zeit nach der Geltendmachung der Nichtigkeit relevant. Für die Zeit vor der Geltendmachung der Nichtigkeit kann er keinen Einfluß auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse zwischen den Arbeitsvertragsparteien ausüben. Die von ihm im einzelnen Fall angeordnete Totalnichtigkeit ex tunc gilt nicht; sie wird durch die Totalnichtigkeit ex nunc ersetzt, was faktisch für diesen Zeitraum mit einer Ausschaltung des § 139 BGB gleichkommt. Totalnichtigkeit als Regelfall der Anwendung des § 139 BGB bedeutet also Totalnichtigkeit ex nunc.

95) Insbesondere über die Terminologie der ex nunc-Wirkung der Nichtigkeit bei der Anfechtung s.A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III, 1 b, S. 187 mit zahlreichen Nachweisen.

§ 6 Rechtsfolgen bei Restgültigkeit

I. Rückwirkung der Nichtigkeit des "Teils"

Die Rechtsfolgen des § 139 BGB bei Restgültigkeit des teilmichtigen Arbeitsvertrages können sich nur auf den nichtigen Vertragsteil beziehen. Es fragt sich, ob die Nichtigkeit des Teiles *ex tunc* oder *ex nunc* eintritt.

Die durchaus h.M. hat keine Bedenken, die allgemeinen Bestimmungen des BGB anzuwenden, mit der Wirkung, daß die nichtige Abrede rückwirkend beseitigt wird ¹⁾. Für dieses Ergebnis macht es keinen Unterschied, ob die Geltendmachung des Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsgrundes vor oder nach der Aufnahme der Arbeit stattgefunden hat. In jedem Fall werden nach der h.M. die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung - §§ 812 ff. BGB - unmodifiziert angewendet.

Vereinzelte wird aber auch die Auffassung einer *ex nunc*-Wirkung der Nichtigkeit vertreten ²⁾. Danach soll der Grundsatz der *ex nunc*-Wirkung der Nichtigkeit auch für die nichtige einzelne Abrede gelten. Eine unterschiedliche Behandlung des nichtigen Teils, je nachdem, ob der teilmichtige Arbeitsvertrag totalnichtig ist oder restgültig bleibt, sei nicht gerechtfertigt; in beiden Fällen sei die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers die gleiche.

Diese Annahme ist jedoch nicht zutreffend. Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ist in beiden Fällen nicht vergleichbar. Es bildet einen Unterschied, ob der Arbeitsvertrag aufgrund einer nichtigen einzelnen Bestimmung insgesamt nichtig wird oder aber restgültig bleibt. Man kann nämlich die Auswirkung der Totalnichtigkeit ³⁾ für die Rechtsstellung des Arbeitneh-

1) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 IV 7, S. 226; Sommer, Anfechtung im Arbeitsrecht, AR-Blattei I, I Übersicht B III 1 a; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 2 f., S. 190; Hanau, in Hanau-Adomeit, Arbeitsrecht, F III 3 a bb, S. 137; Nipperdey-Mohnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB, Rdnr. 97; vgl. ferner BAG, BAGe, Bd. 22, S. 344 (353/354)

2) Vgl. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 80

3) Siehe ausführlich oben, S. 41 ff.

nehmers nicht mit der Bedeutung der Nichtigkeit einer einzelnen Abrede gleichsetzen. Die Gründe, die einer rückwirkenden Nichtigkeit des ganzen Vertrages entgegenstehen, Totalnichtigkeit, sind oben ⁴⁾ eingehend dargelegt. Die Problematik ist bei der viel einschneidenderen Annahme der Totalnichtigkeit ganz anders gelagert als hier, wo nur die Nichtigkeit einer einzelnen Abrede zur Debatte steht. Regelmäßig kann man die Folgen der *ex tunc*-Wirkung der Nichtigkeit einer einzelnen Abrede weder als unüberbrückbar noch als unbillig bezeichnen ⁵⁾. Vielmehr können eventuelle Unbilligkeiten aufgrund der *ex tunc*-Wirkung der Nichtigkeit im konkreten Fall durch Heranziehung allgemeiner Bestimmungen, z.B. § 122 BGB für den Vertrauensschaden ⁶⁾ oder § 123 BGB i.V.m. § 826 BGB für Schadenersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, vermieden werden. Festzustellen ist also, daß die Nichtigkeit einer einzelnen Abrede des Arbeitsvertrages ex tunc wirkt.

II. Ergänzung der entstandenen Arbeitsvertragslücke

Nach dem Wegfall des nichtigen bzw. erfolgreich angefochtenen Vertragsteils fragt es sich, ob und gegebenenfalls wie die dadurch entstandene Lücke ausgefüllt wird.

Diese Frage ist jeweils nach dem Einzelfall zu beantworten. Es ist denkbar, daß die weggefallene Abrede nicht ersetzt wird; so z.B., wenn die Arbeitsvertragsparteien vereinbart haben, daß der Arbeitnehmer einen Teil des Unternehmensrisikos trägt, ohne daß gleichzeitig ein entsprechend höherer Lohn vereinbart worden ist. Diese Klausel ist gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig und fällt ersatzlos weg.

Falls eine Lohnvereinbarung selbst gegen § 138 Abs. 1 BGB verstößt und deshalb wegfällt, entsteht dagegen eine ausfüllungs-

4) Siehe oben, S. 41 ff.; vgl. aber Wiedemann, a.a.O., S. 80

5) Vgl. auch A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 III 1 f., S. 190

6) Vgl. auch Nipperdey-Mohnen-Neumann, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB, Rdnr. 97; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 III 7, S. 227

bedürftige Vertragslücke.

Insoweit sind die Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung entsprechend ⁷⁾ heranzuziehen. Mit ihrer Hilfe können die verschiedenen möglichen "Lückenausfüllungsmittel" zur Verfügung gestellt werden. Als solche kommen für das Arbeitsrecht Tarifnormen, ausnahmsweise auch Betriebsvereinbarungen, allgemeine gesetzliche Bestimmungen, sonstige dispositive Gesetze, betriebliche Übungen, schließlich auch die Verkehrssitten in Betracht. Dabei wird vorausgesetzt, daß keines der genannten "Lückenausfüllungsmittel" bereits zwingend Platz greift.

Die Höhe des Lohnes ist in dem genannten Beispiel nach § 612 Abs. 2 BGB, falls nicht Tarifnormen sie festsetzen, nach dem ortsüblich bezahlten Lohn zu bestimmen. Bei dem oben ⁸⁾ angeführten Beispiel des wegen Irrtums vereinbarten zusätzlichen Urlaubs tritt an die Stelle der nichtigen Urlaubsabrede der gesetzliche Urlaub. Im Einzelfall kann auch eine frühere Vereinbarung ⁹⁾ der Arbeitsvertragsparteien über den gleichen Gegenstand einen Anhaltspunkt für die Ausfüllung der Vertragslücke bilden.

Zusammenfassend kann gesagt werden, daß an die Stelle der nichtigen Abrede immer eine für beide Arbeitsvertragsparteien angemessene Regelung treten muß. Dies folgt aus den Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung, wonach bei der Lückenausfüllung jeweils die Interessen beider Vertragsparteien zu berücksichtigen sind ¹⁰⁾.

III. Ergebnis

Die obigen Ausführung haben gezeigt, daß die uneingeschränkte Anwendung der allgemeinen Nichtigkeits- und Anfechtungsnormen eine durchaus angemessene und praktikable Lösung für beide

7) Vgl. auch Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 35 III 2, S. 110

8) Siehe oben, S.

9) Vgl. den Sachverhalt des vom BAG entschiedenen Falles, BAGE, Bd. 22, S. 344 ff.

10) Vgl. die Ausführungen bei der ähnlichen Problematik der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens oben, S. 33 ff.

Arbeitsvertragsparteien zur Abwicklung ihrer rechtlichen Beziehungen gewährleisten. Der Arbeitnehmer behält durch das Ergebnis der Restgültigkeit nach einer Anwendung des § 139 BGB seinen Arbeitsplatz. Der nichtige Teil wird rückwirkend aufgehoben und nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach Bereicherungsrecht ausgeglichen; für die Zukunft darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur zu gesetzmäßigen Bedingungen, die an die Stelle der nichtigen getreten sind, beschäftigen. Sind solche gesetzmäßige Bedingungen nicht gegeben, hat eine Ausfüllung der Vertragslücke unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Arbeitsvertragsparteien zu erfolgen.

Zweiter Abschnitt

Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages durch Verletzung
von Arbeitnehmerschutzgesetzen

Erster Unterabschnitt

Der Geltungsbereich des Arbeitnehmerschutzrechts

§ 7 Die Gesetze im Rahmen des Arbeitnehmerschutzrechts

Teilnichtigkeit von Arbeitsverträgen kann auch wegen Verstoßes gegen Arbeitnehmerschutzgesetze entstehen. Bevor im einzelnen auf die Folgen dieser Teilnichtigkeit eingegangen wird, ist zunächst der Bereich des Arbeitnehmerschutzrechts zu bestimmen. Es ist zu klären, welche Kriterien einer Bestimmung die Eigenschaft eines Gesetzes des Arbeitnehmerschutzrechts verleihen. Richtiger Ansicht nach unterscheidet man zwischen Arbeitnehmerschutzrecht im engeren Sinn und Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn¹⁾. Nach der hier vertretenen Ansicht besteht der einzige Unterschied zwischen den Schutzgesetzen der beiden Gruppen nur in der Form - hier öffentlich-rechtliche, dort privatrechtliche Natur. Die arbeitnehmerschutzrechtliche Intention tritt bei den Verbotsgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts im engeren wie auch bei denen im weiteren Sinn gleich stark hervor; beide Gesetzesgruppen verfolgen mit verschiedenen Mitteln das gleiche Ziel²⁾.

I. Arbeitnehmerschutzrecht im engeren Sinn

Die Qualifizierung eines Gesetzes als Schutzgesetz des Arbeitnehmerschutzrechts im engeren Sinn bereitet keine Schwierigkeit, weil seine Normen dem öffentlichen Recht³⁾ zugeordnet sind.

1) So A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 24 I, S. 141/142, § 79 I, S. 804

2) Vgl. z.B. das von A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 24, S. 142) vorgebrachte Beispiel durch die Gegenüberstellung von § 618 und § 120 a GewO.

3) Vgl. für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 79 I, S. 804

Für diese Normen liegt die Eigenschaft als Schutzgesetze auf der Hand, da sie mit Mitteln des öffentlichen Rechts für ihre Durchsetzung versehen sind ⁴⁾. Sie müssen deswegen keiner weiteren Prüfung unterzogen werden. Beispiele sind die Bestimmungen des MuSchG, AZO, SchwBeschG usw.

II. Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn

Arbeitnehmerschutzrechtlichen Charakter haben, wie gesagt wurde, auch Gesetze, die den Schutz des Arbeitnehmers im weiteren Sinn bezwecken, obwohl sie nicht öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind und deshalb nicht dem Arbeitnehmerschutzrecht im engeren Sinn angehören. Für die Verbotsgesetze ⁵⁾ des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren Sinn ist aber diese ihre Eigenschaft erst nach Prüfung ihres Sinns und Zwecks feststellbar ⁶⁾.

Es können hier nicht die Schutzbestimmungen des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren Sinn erschöpfend aufgezählt werden. Für die Bestimmung ihres systematischen Standortes genügt es zu sagen, daß darunter nur gesetzliche Bestimmungen fallen, die dem Arbeitsverhältnisrecht ⁷⁾ angehören und die den Schutz des Arbeitnehmers zwar ohne staatlichen Zwang, aber mit der gleichen Intention wie die Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzrechts im engeren Sinn, verfolgen.

1. Recht des Arbeitsverhältnisses

Im folgenden werden beispielhaft einige Verbotsgesetze aufgeführt, die dem Arbeitsverhältnisrecht und gleichzeitig dem

4) Vgl. auch Söllner, Arbeitsrecht, § 25 I 1, S. 175

5) Über die äußere Erscheinungsform des Verbotsausspruchs bei den verschiedenen Gesetzen s. allg. Flume, Das Rechtsgeschäft, § 17, S. 340 ff.; Larenz, Allg. Teil, § 32 I, S. 357 ff.

6) Daß für die teleologische Auslegung eines Gesetzes die Erforschung seines Sinnes und Zweckes eine Selbstverständlichkeit darstellt vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 311 ff.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 74 ff.; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 8 II, S. 58 ff.; Enneccerus-Nipperdey, allg. Teil I, § 51 II 4 a, S. 317, III 1, S. 320

7) Nach der von A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 19, S. 106/107) vorgenommenen systematischen Unterteilung des Individualarbeitsrechts im Arbeitnehmerschutzrecht und Arbeitsverhältnisrecht.

Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn angehören.

Daß das Dienstvertragsrecht des BGB zum größten Teil dem Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn zuzurechnen ist, versteht sich von selbst ⁸⁾. Ebenfalls bestehen keine Bedenken dagegen, die Nichtigkeitsnormen des KSchG ⁹⁾ und des BUrlG ¹⁰⁾ als Arbeitnehmerschutznormen zu qualifizieren. Dazu gehören weiter auch die landesrechtlichen Hausarbeitstagsgesetze ¹¹⁾. Der große Senat des BAG ¹²⁾ hat sich insbesondere mit seinem Urteil vom 16.3.1962 grundsätzlich zu der rechtlichen Qualifikation dieser Gesetze geäußert. Nach eingehender Erforschung des Sinnes und der Entstehungsgeschichte des Gesetzes hat das Gericht den arbeitnehmerschutzrechtlichen Charakter bei HAT-Recht in der vom HATG-NRW geregelten Form bejaht ¹³⁾. In den Entscheidungsgründen wird besonders hervorgehoben - was hier von grundlegender Bedeutung ist -, daß es für den Charakter des HATG als Frauenarbeitsschutzrecht keine Rolle spiele, "welche Saktionen der Gesetzgeber zu seiner Durchsetzung anwendet, auch nicht, ob die Norm dem öffentlichen Recht oder dem zwingenden Privatrecht angehört" ¹⁴⁾. Diese Auffassung, der hier gefolgt wird, wird auch in der Rechtslehre gutgeheißen ¹⁵⁾.

-
- 8) Vgl. auch A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 24 I, S. 142) in Bezug auf den § 618 BGB
- 9) Siehe für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Grundriß, § 30, S. 123 ff.
- 10) Siehe für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Grundriß, § 25 III 9, S. 102
- 11) Abgesehen von der aus dem Jahre 1943 stammenden Freizeitordnung, die wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung dem Arbeitnehmerschutzrecht im engeren Sinn angehört; vgl. auch A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 69 II 7, S. 723; vgl. über die Problematik des HAT-Rechts allgemein Nikisch, Arbeitsrecht I, § 40, S. 558 ff.; Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht, F V
- 12) BAG, BAGE, Bd. 13, S. 1 ff. = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein-Westfalen
- 13) BAG, BAGE, Bd. 13, S. 4; seinen Standpunkt hat das BAG auch bei später getroffenen Entscheidungen bestätigt; vgl. z.B. BAG, AP Nr. 24 (Bl. 3) zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein-Westfalen. Vgl. auch Leitsatz 2 dieser Entscheidung.
- 14) BAG, BAGE, Bd. 13, S. 5
- 15) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 24 I, Fußn. 1 a, S. 142, § 69 II 7, S. 723; Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht, F V, Rdnr. 16

Zum Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn sind auch das am 1.1.1970 in Kraft getretene Lohnfortzahlungsgesetz ¹⁶⁾, das Berufsbildungsgesetz ¹⁷⁾ und das Arbeitsförderungsgesetz ¹⁸⁾ zu rechnen.

2. Grundrechte

Die Frage nach der Zugehörigkeit der Grundgesetzbestimmungen zum Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn kann nicht beantwortet werden, bevor die vorrangige Frage geklärt ist, ob die Grundrechte überhaupt privatrechtliche Bedeutung haben können oder, anders ausgedrückt, ob eine Vereinbarung zwischen privaten Personen gegen die Grundrechte verstoßen kann. Das ist die vieldiskutierte und immer noch offene Frage nach der "Drittwirkung der Grundrechte" ¹⁹⁾.

Bezüglich der Art der Beeinflussung werden in der Rechtslehre und Rechtsprechung zwei Drittwirkungstheorien vertreten. Nach der einen wirken die Grundrechte unmittelbar ²⁰⁾ normativ auf

16) Siehe BGBI 1969, Bd. 1, S. 946 ff.

17) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Grundriß, § 18 II, S. 60

18) Vgl. BSG, BB 1970, S. 1398; vgl. allgemein über die Problematik von "Leiharbeitsverhältnissen", Mayer-Maly, ZfA 1972 S. 20 mit in Fußn. 88 weiteren Angaben.

19) Vgl. darüber allg. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 15 II, 4, 5, S. 91 ff.; Dürig, Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff.; vgl. auch die Übersicht bei Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5 III 2, S. 39 f.; Söllner, Arbeitsrecht, § 6 III 2, S. 39/40; vom Standpunkt der Entwicklung des Problems in der Rechtssprechung des BAG vgl. Conrad, Freiheitsrechte, S. 30 ff.; Küchenhoff, RdA 1969, S. 97 ff. mit zahlreichen Literatur- und Rechtsprechungshinweisen.

20) Grundlegend Nipperdey, statt an vielen Stellen s. in Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 15 II 4, 5, S. 91 ff.; vgl. ferner Leisner, Grundrechte und Privatrecht, S. 354 ff.; Laufke, Vertragsfreiheit, in: Festschrift für Lehmann, Bd. I, S. 153 f.; Küchenhoff, RdA 1969, S. 97 ff., 107; vgl. auch Gamillscheg (Die Grundrechte, AcP, Bd. 164, S. 404 ff.), der einen vermittelnden Standpunkt zwischen den beiden Theorien einnimmt; vgl. auch das BAG, BAGE, Bd. 1, S. 185 (193); Bd. 3, S. 296 (301); Bd. 7, S. 256 (260); Bd. 13, S. 168 (174 ff.) AP Nr. 26 zu § 1 KSchG

das privatrechtliche Rechtsverhältnis ein. Nach der anderen Theorie ²¹⁾ wirken die Grundrechte auf das Privatrecht über die wertausfüllungsfähigen und -bedürftigen Begriffe und Generalklauseln des BGB ²²⁾ - z.B. §§ 138, 242, 315, 826 BGB. Diese Generalklauseln wirken als eine Art "Einbruchstellen" ²³⁾ der Grundrechtsnormen. Auszuklammern sind selbstverständlich die Fälle, in denen sich der Grundgesetzgeber expressis verbis ²⁴⁾ für die absolute Wirkung eines Grundrechtes ausgesprochen hat.

Es geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, wollte man das pro und contra ²⁵⁾ dieses heftig umstrittenen und schwierigen Problems eingehend erörtern. Es genügt hier, zu betonen, daß beide Ansichten in der wichtigen Frage des sog. "ob" ²⁶⁾ der Drittwirkung von Verfassungsbestimmungen übereinstimmen ²⁷⁾. Es herrscht nämlich heute im wesentlichen Einigkeit darüber, daß die in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörperte objektive Wertordnung ²⁸⁾ für alle Rechtsgebiete, folglich auch für das Arbeitsrecht Geltung besitzt. Ob man jetzt die Wirksamkeit von rechtlichen Verhältnissen zwischen

-
- 21) Grundlegend Dürig, in: Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff.; derselbe in Maunz-Dürig-Herzog GG, Art. 1 Abs. III, Rdnr. 127 ff., Art. 2, Rdnr. 57; vgl. Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5 III 2, 3, S. 39 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, § 6 III 2, S. 39/40; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 1, 10 b, S. 20 f.; vgl. das BVerfG, BVerfGE, Bd. 7, S. 198 (204); Bd. 29, S. 166 (175), ferner BGH, BGHZ, Bd. 50, S. 133 (143 ff.)
 - 22) Vgl. Dürig, in: Festschrift für Nawiasky, S. 176
 - 23) Vgl. Dürig, in Maunz-Dürig-Herzog GG Art. 1, Rdnr. 132; vgl. ferner das BVerfG, BVerfGE, Bd. 7, S. 198 (206)
 - 24) So in Art. 9 Abs. 3 Satz 2 GG
 - 25) Vgl. darüber Dürig (in: Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff., insbesondere, S. 165 ff.) gegen die Theorie über die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte und Nipperdey (wie Fußn. 20) Verteidigung seiner Lehre; eingehend hat auch Leisner (a.a.O.) den Theorienstreit untersucht.
 - 26) Vgl. die eingehende Untersuchung des "ob" der Drittwirkung von Grundrechten von Leisner, a.a.O., S. 306 ff.
 - 27) Vgl. für alle Laufke, in: Festschrift für Lehmann, Bd. I, S. 146
 - 28) Das Grundgesetz ist keine wertneutrale Ordnung. Vgl. das BVerfG, BVerfGE, Bd. 2, S. 1 (12); Bd. 25, S. 256 (263); vgl. insbesondere den ersten Leitsatz des bekannten Lüth-Urteils des BVerfG, BVerfGE, Bd. 7, S. 198

privaten Personen wie zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer an den verbindlichen Rechtswerten der Verfassung direkt durch unmittelbare Heranziehung der Grundrechtsbestimmungen nach besonderer ²⁹⁾ Überprüfung im Einzelfall bestimmt oder indirekt durch die Generalklauseln des BGB, ist an dieser Stelle von untergeordneter Bedeutung. Im Endeffekt wird nach beiden Theorien die Geltungsausdehnung der Grundrechte auf das Arbeitsverhältnis erreicht ³⁰⁾. In dieser Arbeit wird der Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Vorzug gegeben ³¹⁾. Dies geschieht deshalb, um eine Verwirrung in der Zivilrechtsdogmatik und eine Erschütterung des Prinzips der Privatautonomie zu vermeiden ³²⁾. Die Frage ist nun, ob sich die Gruppe von Nichtigkeitsnormen, die als "Media" der Drittwirkung der Grundrechte fungieren, als Ganzes rechtlich dem Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn zuordnen läßt. Es gibt m.E. keine Gründe, die dagegen sprechen, die Grundrechte in Bezug auf den hier zu untersuchenden Zusammenhang, abgesehen von der rechtlichen Ausformung und Ausgestaltung ihrer Drittwirkung, als arbeitnehmerschutzrechtliche Bestimmungen im weiteren Sinn aufzufassen, insbesondere dann, wenn man das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Betracht zieht. Im Grunde hat die ganze Diskussion über die Drittwirkung der Grundrechte auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ³³⁾ angefangen und sich zuerst auch im Arbeitsrecht durchgesetzt ³⁴⁾. Es ging nämlich in erster Linie darum, die Interessen des Arbeitnehmers, der im Arbeitsverhältnisrecht als der in der Regel Schutzbedürftige bezeichnet werden muß, vor der wirtschaftlichen und sozialen Übermacht des Arbeitgebers zu

29) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 15 II 5, S. 98

30) So auch Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5 III 2, S. 40

31) Die von Nikisch (Arbeitsrecht I, § 5 III 2, S. 40/41) angenommene Schwierigkeit für die Nichtigerklärung einer Zölibatsklausel mit Hilfe der Generalklausel des § 138 BGB ist nicht richtig. Zutreffend Söllner (Arbeitsrecht, § 6 III 2, S. 40), der auch für diesen Fall den § 138 BGB als das "Einfallstor" der Wertentscheidung d. Art. 6 Abs. 1 GG bewertet.

32) Mit Recht warnt Dürig unter Berufung auf Galperin (in Maunz-Dürig-Herzog, GG Art 1 Abs. III, Rdnr. 129) vor einer "Überwucherung des gesamten Privatrechtsverkehrs"; vgl. denselben grundlegend, in: Festschrift für Nawiasky, S. 164, insbesondere S. 165/166, 176/177

33) Vgl. Conrad, Freiheitsrechte, S. 13 ff.

34) Siehe für alle Leisner, a.a.O., S. 249 ff.

schützen³⁵⁾. Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind zwar theoretisch gleichberechtigte Grundrechtsträger, trotzdem ist die Einflußmöglichkeit des Arbeitgebers zum Nachteil der Interessen des Arbeitnehmers beim Aushandeln der Arbeitsbedingungen, wie auch im bestehenden und endenden Arbeitsverhältnis, in der Regel³⁶⁾ stärker. Im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer sind deshalb die Grundrechte "Abwehrrechte" des Arbeitnehmers gegen die soziale und wirtschaftliche Überlegenheit des Arbeitgebers und bewirken daher den Schutz des Arbeitnehmers vor Mißbrauch seiner unterlegenen Stellung.

Die auf diese Weise drittwirkenden Grundrechte verleihen den Generalklauseln, für deren inhaltliche Ausfüllung sie gebraucht werden, dann die arbeitnehmerschutzrechtliche Eigenschaft. Dies hat die Judikatur dadurch gezeigt, daß sie die Grundrechte immer zum Schutz der Arbeitnehmer herangezogen hat. Das betont auch Söllner³⁷⁾, der ausführt, daß "die rechtlichen Gestaltungen, die wegen Grundrechtsverletzungen für nichtig erachtet" wurden ... "jeweils vom Arbeitgeber ausgingen". Der Arbeitnehmer vermag die Interessen des Arbeitgebers dagegen in der Regel nicht nachteilig zu beeinflussen. Für den Arbeitgeber ist ein Grundrechtsschutz nie dringlich³⁸⁾ geworden. Es wird also im Rahmen der Arbeit von der typischen Situation, d.h. von der "Einseitigkeit des Schutzes" zugunsten des Arbeitnehmers ausgegangen³⁹⁾.

35) Vgl. statt vieler Conrad, a.a.O., S. 74 ff.; Gamillscheg, AcP, Bd. 164, S. 408 ff.; Leisner, a.a.O., S. 257 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 15 II 4, S. 96

36) Siehe unten, Fußn. 39

37) Söllner, Arbeitsrecht, § 6 III 2, S. 39

38) So Conrad, a.a.O., S. 74

39) Theoretisch ist auch der Fall denkbar, daß der Arbeitgeber in einem besonders gelagerten Fall "keine soziale Macht" (darüber s. Gamillscheg, AcP, Bd. 164, S. 408 ff., 413 ff.) besitzt. In diesem Fall will Gamillscheg (a.a.O.) eine Ausnahme zulassen und die Grundrechte im konkreten Fall zugunsten des Arbeitgebers heranziehen. Für diesen seltenen Fall ist davon auszugehen, daß die arbeitnehmerschutzrechtliche Eigenschaft der "Medien" der Drittwirkung ausnahmsweise entfällt. Conrad (a.a.O., S. 74 ff.) will keine Ausnahme zulassen.

Damit gehören alle Generalklauseln des EGB und des Individualarbeitsrechts - §§ 138, 157, 242, 315 EGB - in den Fällen, in denen sie durch die in den Grundrechten des Grundgesetzes enthaltenen Wertentscheidungen inhaltlich ausgestaltet werden, zum Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn.

Zweiter Unterabschnitt

Schwierigkeiten der Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen
im Rahmen des § 139 EGB

Nun fragt es sich, wie die Teilnichtigkeitsfolgen beim Verstoß gegen Gesetze, die zu der eben behandelten Gruppe von Schutzgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts gehören, zu regeln sind. Die Anwendung des § 139 EGB führt im Zweifelsfall zur Totalnichtigkeit ¹⁾ des Arbeitsvertrages mit der Folge, daß der Arbeitnehmer seinen Arbeitsplatz verliert. Dies läuft der Absicht des verletzten Schutzgesetzes, aus dem sich die Teilnichtigkeit ergibt, zuwider. Die Intention der Schutzgesetze ist, betrachtet man das Arbeitnehmerschutzrecht in seiner historischen Entwicklung, den Arbeitnehmer vor Gefahren im Betrieb, unsozialer Gestaltung der Arbeitsbedingungen und zeitlicher Überanstrengung zu schützen ²⁾. Dieser Schutzzweck kann sich jedoch effektiv nur im Rahmen des fortbestehenden Arbeitsvertragsverhältnisses verwirklichen, während er bei Vertragsauflösung vereitelt wird. Dies folgt einfach aus dem Gesichtspunkt, daß der Arbeitsplatz in der Regel die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers darstellt. Die Anwendung des § 139 EGB führt also im allgemeinen zu einem unbilligen, der Intention des verletzten Schutzgesetzes widersprechenden Ergebnis. Während man bei Verletzung allgemeiner Bestimmungen, die also nicht Schutzgesetze gerade im Interesse des Arbeitnehmers sind, im einzelnen Fall die Totalnichtigkeit hinnehmen mußte, um der allgemeinen Natur der verletzten Nichtigkeitsnorm Rechnung zu tragen ³⁾,

1) Siehe oben, S. 25 f.

2) Nach der herkömmlichen Dreiteilung des Arbeitnehmerschutzrechts. Vgl. statt aller die synoptische Darstellung bei Söllner, Arbeitsrecht, § 25 I 2, S. 175/176. S. über das Arbeitnehmerschutzrecht auch unten, S. 100 ff.

3) Siehe oben, S. 6 ff.

entspricht die Totalnichtigkeit als Folge der Verletzung von Arbeitnehmerschutzgesetzen der Zweckrichtung dieser Gesetze normalerweise nicht. Dies soll im folgenden an einzelnen Beispielen weiter verdeutlicht werden.

In einem Arbeitsvertrag ist z.B. eine Klausel nichtig, weil sie im voraus einen Verzicht des Arbeitnehmers auf seinen Lohnfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall enthält ⁴⁾. - Ein Berufsausbildungsvertrag ⁵⁾ ist teilnichtig, wenn darin z.B. der Auszubildende zur Zahlung eines Lehrgeldes verpflichtet wird, obwohl eine solche Abrede gemäß § 5 Abs. 2 Nr. 1 BBildG nichtig ist. - Entsprechend entsteht Teilnichtigkeit, wenn einzelne Bestimmungen des Arbeitsvertrages eines Jugendlichen gegen das Jugendarbeitsschutzgesetz verstoßen, wenn z.B. eine Arbeitszeitvereinbarung die §§ 10 ff. JArbSchG verletzt.

Interessant sind weiter die Fälle der sog. Zölibatsklausel. Die Lernpflegerin einer Landesheilanstalt verspricht beim Abschluß ihres Arbeitsvertrages, daß sie im Falle ihrer Verheiratung ausscheidet. Das BAG ⁶⁾ hat die Zulässigkeit dieser Vertragsklausel an den Art. 1, 2 Abs. 1, 6 Abs. 1 GG gemessen und angenommen, daß in solchen Fällen die Grundgesetzartikel verletzt werden ⁷⁾. Die Klausel ist also nichtig und damit der Arbeitsvertrag teilnichtig ⁸⁾. Ebenso hat das LAG Berlin ⁹⁾, der Rechtsprechung des BAG folgend, die Nichtigkeit einer Zölibatsklausel angenommen, die eine Flugstewardesse mit einer Flug-

4) Verstoß gegen § 9 LFG

5) Vgl. auch A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Grundriß, § 18 II, S. 60

6) BAG, AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie = BAG, BAGE, Bd. 4, S. 274 (276 ff.)

7) Über die arbeitnehmerschutzrechtliche Eigenschaft der Grundrechte und über das Problem der Drittwirkung siehe oben, S. 63 ff.

8) Zustimmend A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 55, FuBn. 17 a, S. 531; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 47 II 1, S. 669/670; Küchenhoff, Einwirkung des Verfassungsrechts auf das Arbeitsrecht, RdA 1969, S. 107; vgl. auch den älteren Aufsatz von Hunn, Nochmals: Die "Zölibatsklausel" im Einzelarbeitsvertrag, AuR 1953, S. 260 ff.

9) LAG Berlin, in Entscheidungskalender Nr. 37 / 1964, S. 579 ff.

schaft für die Dauer von fünf Jahren vereinbart hatte. Ähnlich der Zölibatsklausel wird in der Praxis auch eine Schwangerschaftsklausel vereinbart, etwa mit einer Arbeitnehmerin, die als Aus-
helfsschaffnerin ¹⁰⁾, Bardame, ServiererIn usw. eingestellt wird. Diese Klausel besagt, daß das Arbeitsverhältnis beim Eintritt der Schwangerschaft aufgelöst wird. In der Rechtsprechung ist auch der Fall anzutreffen, in dem statt einer Zölibats- oder Schwangerschaftsklausel eine "Antibabypilleklausel" vereinbart wird. Das LAG Hamm ¹¹⁾ hat mit seiner Entscheidung vom 14.10. 1969 die Nichtigkeit der Abrede zwischen den Arbeitsvertragsparteien angenommen, nach der die Arbeitnehmerin, eine junge Ehefrau, die als Apothekenhelferin tätig war, empfängnisverhütende Mittel einzunehmen verpflichtet war.

Eine andere Fallgruppe, in der das BAG ¹²⁾ die Zulässigkeit von Abreden der Arbeitsvertragsparteien an Hand des Grundgesetzes prüft, ist die der vertraglichen Wettbewerbsabreden ¹³⁾. Weitere Teilnichtigkeitsfälle können sich aus einer Verletzung der AZO, des MuSchG, KSchG, SchwBeschG u.a. ergeben.

In allen diesen Beispielen würde die Anwendung des § 139 BGB mit der Folge, daß der Arbeitsvertrag im allgemeinen totalnichtig wäre, unbillig erscheinen.

Aus diesem Grund begannen schon relativ bald nach dem Inkrafttreten des BGB Bestrebungen, von dem Grundsatz der Totalnichtigkeit loszukommen ¹⁴⁾. Viele arbeitsrechtliche Schriftsteller

10) So der vom BAG am 28.11.1958 entschiedenen Fall, AP Nr. 3 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie

11) LAG Hamm, AuR 1970, S. 189

12) BAG, AP Nr. 25 zu Art. 12 GG

13) Siehe darüber Löffl, Wettbewerbsabreden, S. 22 ff.; vgl. aber über die analoge Anwendung der §§ 74 ff. HGB auf alle Arbeitnehmergruppen oben, S. 18

14) Den ersten Versuch gegen die Anwendung des § 139 BGB hat Staub (Kommentar zum HGB, Bd. I, Aufl. 6/7 1900, Exkurs zu § 62 Anm. 2) gemacht. Die Auffassung von Staub, die ausschließlich für das Handelsrecht gedacht war, wurde in ihrer grundsätzlichen Konzeption später auf das Arbeitsvertragsrecht ausgedehnt. Vgl. Potthoff, Die Bestimmungsgründe des Arbeitsvertrages, JW 1921, S. 1286; derselbe, Arbeitsrecht Das Ringen um werdendes Recht, S. 49/50; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I (1. Auflage, 1928), § 30 I 4, S. 128/129; Sigel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 36 ff.; Nipperdey, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts, in: RG-Festgabe, Bd. IV, S. 212

haben sich bemüht zu zeigen, daß nur eine Verdrängung oder Modifizierung des § 139 BGB sozial gerechte Ergebnisse gewährleistet und die rein zivilrechtliche Lösung der arbeitsrechtlichen Lage nicht Rechnung trägt, weil durch sie dem Arbeitnehmer statt Schutz Schaden zugefügt wird. Allmählich hat sich die Ansicht herausgebildet, den restlichen Arbeitsvertrag aufrechtzuerhalten, wenn Verbotsgesetze des Arbeitnehmerschutzrechts verletzt worden sind.

Heute wird nur noch vereinzelt die Ansicht vertreten, daß § 139 BGB uneingeschränkt Anwendung im Individualarbeitsrecht findet ¹⁵⁾. Das Hauptargument ist, daß der Arbeitnehmer durch die Lehre des faktischen Arbeitsverhältnisses genügend geschützt wird ¹⁶⁾.

Dieses Argument ist aber in solcher Allgemeinheit nicht stichhaltig. Es überzeugt, soweit nur allgemeine Gesetzesbestimmungen verletzt worden sind ¹⁷⁾. Falls aber der Arbeitsvertrag gegen Arbeitnehmerschutzgesetze verstößt, ist es nicht gerechtfertigt, dem Arbeitnehmer durch die Annahme der Totalnichtigkeit seinen Arbeitsplatz und damit möglicherweise sogar seine Existenzgrundlage zu nehmen. Diese Ansicht ignoriert die eigentliche Problematik der Teilnichtigkeitsfolgen im Arbeitnehmerschutzrecht, die eben aufgrund der Eigentümlichkeit des verletzten Gesetzes entsteht ¹⁸⁾. Es kann nicht richtig sein, daß man § 139 BGB gelten läßt, wenn Normen, die zum Schutz des Arbeitnehmers erlassen worden sind und deren Anwendungsbereich der privatautonomen Gestaltung der Arbeitsvertragsparteien entzogen ist, sich über § 139 BGB schädigend für den Arbeitnehmer auswirken können. Dies wäre ein Widerspruch in sich. Somit kann dieser Auffassung wegen der unbilligen Ergebnisse nicht zugestimmt werden.

15) Siehe Goost, a.a.O., S. 70 ff., 77 f., 90

16) Vgl. Goost, a.a.O., S. 65 ff.

17) Siehe oben, S. 12 ff.

18) Der von Goost (a.a.O., S. 76) zur Verstärkung seiner Meinung gegebene Hinweis auf das BAG (AP Nr. 1 zu § 611 BGB Doppelarbeitsverhältnis) ist nicht überzeugend. Das BAG mußte trotz Verletzung eines Schutzgesetzes, der AZO, Totalnichtigkeit annehmen, weil die gesetzlich zulässige Arbeitszeit bereits im ersten Arbeitsvertrag fast ganz ausgeschöpft war.

Dritter Unterabschnitt

Die einzelnen Versuche des Schrifttums und der Rechtsprechung zur Aufrechterhaltung des fehlerfreien Arbeitsvertragsteils

§ 8 Der Meinungsstand

I. Lösungsversuche

Ist nach dem Gesagten eine eindeutige Tendenz zur Einschränkung des § 139 BGB festzustellen, so werden aber sowohl in Bezug auf den Umfang der eingeschränkten Anwendung des § 139 BGB als auch hinsichtlich der dogmatischen Begründung in Lehre und Rechtsprechung verschiedene Standpunkte eingenommen.

Im wesentlichen haben sich heute bei den Lösungsversuchen zur Überwindung des § 139 BGB folgende Meinungen herausgebildet:

1. "Modifizierte" Anwendung des § 139 BGB
2. Umkehr der Vermutung des § 139 BGB
3. Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB
 - a) aus dem Sinn und Zweck des verletzten Schutzgesetzes
 - b) durch das Sozialstaatsprinzip
 - c) durch § 315 BGB

Im einzelnen ergeben sich, wie schon eine oberflächliche Betrachtung dieser Ansichten zeigt, Überschneidungen, doch sind sie in ihren Ausgangspositionen deutlich verschieden. Sie sollen deshalb einer kritischen Würdigung unterzogen werden, um festzustellen, welche Ausgangspunkte sich als brauchbare Grundlage für einen eigenen Lösungsvorschlag dieses Problems anbieten.

1. "Modifizierte" Anwendung des § 139 BGB

Die Vertreter ¹⁾ dieser Auffassung schlagen eine generelle

1) Vgl. Meisel-Hiersemann, Kommentar zur AZO, Einl. Rdnr. 17; Schröder, in Schlegelberger-Schröder, Handelsgesetzbuch, Rd. I, § 74 HGB, Rdnr. II 3 b, VII 17; Neumann, in Dersch-Neumann, Kommentar zum SCulG, § 13, Rdnr. 54; vgl. auch Scholz (a.a.O., S. 11, 23, 37 ff., 67 f.), der aber ausnahmsweise von der Restgültigkeit ausgeht, wenn Normen verletzt worden sind, "bei denen der erkennbare Wille des Gesetzgebers auf eine Sicherung des Arbeitsplatzes gerichtet ist", (a.a.O., S. 26 f.); s. darüber unten, S. 85

Anwendung des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht und damit auch bei Verstößen gegen Normen des Arbeitnehmerschutzrechts vor. Sie sind aber im Gegensatz zu der oben abgelehnten, nur vereinzelt vertretenen Meinung bestrebt, teilnichtige Arbeitsverträge nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten. Sie wollen die Lösung des Teilnichtigkeitsproblems aus dem § 139 BGB gewinnen, indem sie "der Ausnahmeregelung des § 139 Halbsatz 2 BGB genügende Beachtung"²⁾ schenken und sie entsprechend auswerten. Sie versuchen, durch eine objektivierende Auslegung des hypothetischen Parteiwillens zur Aufrechterhaltung des teilnichtigen Arbeitsvertrages zu gelangen.

Die Betrachtung der Auffassung von einigen Vertretern dieser Meinung zeigt aber, daß sie gleichsam durch die Hintertür mittels willkürlicher Schlüsse zur Restgültigkeit des Arbeitsvertrages zu gelangen versuchen. Dabei fehlt es nicht an eigenwilligen, den § 139 BGB vergewaltigenden Ausführungen. Dies ist z.B. bei Autoren der Fall, die mit "verständigen Arbeitgebern und Arbeitnehmern"³⁾ operieren. Sie bezeichnen die Aufrechterhaltung des Arbeitsvertrages als das "objektiv Vernünftige" und daher als "mutmaßlichen Parteiwillen", falls Arbeitnehmerschutzbestimmungen verletzt worden sind⁴⁾. Sie betonen, daß ihre Auffassung den Vorteil hat, daß die Grundregel des § 139 BGB nicht umgestoßen werde⁵⁾.

Dies ist eine Überstrapazierung⁶⁾ des § 139 BGB, die in Wirklichkeit keine Anwendung des § 139 BGB mehr darstellt. Es handelt sich vielmehr um eine Vorwegnahme des erwünschten Ergebnisses und nicht um die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens. Oben⁷⁾ wurde ausführlich dargestellt, daß sich ein absolutes objektivistisches Verfahren zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens mit der Bestimmung des § 139 BGB nicht vereinbaren läßt. § 139 BGB darf nicht als "willfähiges Werkzeug" je nach dem beabsichtigten Ergebnis inter-

2) Scholz, a.a.O., S. 11, 23, 67 f.

3) Vgl. Meisel-Hiersemann, Kommentar zur AZO, Einl., Rdnr. 17

4) Vgl. Meisel-Hiersemann, Kommentar zur AZO, Einl., Rdnr. 17

5) Ähnlich liegen auch die Ausführungen von Neumann (wie Fußn. 1) bezüglich einer nichtigen Urlaubsabrede.

6) Vgl. auch die Kritik von Raiser (Allg. Geschäftsbedingungen, S. 321) gegen die Vertreter einer Anwendung des § 139 BGB für den Bereich teilnichtiger AGB

7) Siehe oben, S. 31 ff.

pretiert werden. Selbst Flume ⁸⁾, der, wie schon ⁹⁾ dargelegt wurde, zur Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens eine absolute Form befürwortet, schließt die Anwendung des § 139 BGB für die Fallgruppe der Arbeitnehmerschutzgesetze aus.

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Schwäche und der Nachteil der dargelegten Auffassung liegen darin, daß einerseits für die volle Anwendung des § 139 BGB Partei ergriffen wird, andererseits aber die Konsequenz daraus, nämlich die im einzelnen Fall eintretende Totalnichtigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages, nicht gezogen wird. Vom Ergebnis her ist diese Haltung durchaus verständlich. Aber der dazu eingeschlagene Weg kann nicht gebilligt werden.

2. Umkehr der Vermutung des § 139 BGB

Nach dieser Auffassung wird die Umkehr der Vermutung des in § 139 BGB vorgesehenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen Totalnichtigkeit und Restgültigkeit vorgeschlagen ¹⁰⁾. Dieser Lösungsversuch, statt Gesamtnichtigkeit in dubio die Restgültigkeit als Regel anzunehmen, geht auf Staub ¹¹⁾ zurück. Die Auffassung leitet sich letztlich von der Regelung des römischen Rechts, "utile per inutile non vitiatur" ¹²⁾, ab.

8) Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 4, S. 576 f.

9) Siehe oben, S. 32

10) Vgl. Maus, Arbeitsrecht III. Teil, Rdnr. 84, 96; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 1 III 2, S. 5, § 6 I 2, S. 25; Dersch, RdA 1958, S. 444, Ziff. 4; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 142; vgl. ferner Frey (AuR 1957, S. 162, Ziff. III 4), der, obwohl er für die gänzliche Ausschaltung des § 139 BGB eintritt, trotzdem "§ 139 BGB nur allenfalls in der Umkehrung von Regel und Ausnahme im Arbeitsvertragsrecht verwendbar" sieht; LAG Hamm, AuR 1970, S. 189; vgl. auch das BAG bei der Teilnichtigkeitsfrage im Rückzahlungsrecht, AP Nr. 23, 24, 25, 29, 36, 47, 62, 64, 66, 68 zu § 611 BGB Gratifikation; AP Nr. 1 zu § 611 BGB Urlaub und Gratifikation; über das Rückzahlungsrecht s. unten, S. 74/75

11) Staub, Kommentar zum HGB, Bd. I, Exkurs zu § 62 HGB

12) Siehe oben, S. 27 und Fußn. 30

Es liegt auf der Hand und wird von niemandem geleugnet, daß durch den Grundsatz der Restgültigkeit als Folge der Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB die Fälle, in denen ein totalnichtiger Arbeitsvertrag entsteht, reduziert werden. Kann ein ausdrücklicher oder hypothetischer Parteiwille nicht ermittelt werden, ist der übrige Arbeitsvertrags-
teil als rechtswirksam zu betrachten.

Diese Ansicht stellt keine allgemeine Lösung des Teilnichtigkeitsproblems dar. Sie befreit nicht von der Gefahr der Totalnichtigkeit, weil jede Vertragspartei - und hier ist hauptsächlich an den Arbeitgeber gedacht - durch Erbringung des Gegenbeweises ¹³⁾, daß nämlich der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht gewollt war, den Arbeitsvertrag als Ganzes nichtig werden lassen kann. Das bedeutet, daß sie in praktischer Hinsicht für einen wirksamen Schutz des Arbeitnehmers unzureichend ist. Zum einen muß der Arbeitnehmer im konkreten Fall mit der gegenteiligen Vermutung rechnen. Zum anderen kann dem Arbeitgeber nicht immer unterstellt werden, die Restgültigkeit gewollt ¹⁴⁾ zu haben, wie ein Beispiel der Rechtsprechung des BAG aus dem Rückzahlungsrecht zeigt. Bei der Beurteilung der Folgen der Nichtigkeit der Rückzahlungsklausel auf das Schicksal der Sonderzuwendungen will das BAG ¹⁵⁾ mit der hier untersuchten Auffassung Abhilfe schaffen, um der Nichtigkeit der Sonderzuwendungsabrede zu entgehen. Nach dem BAG spricht eine Vermutung ¹⁶⁾ dafür, daß der Arbeitgeber die Sonderzuwendung auch ohne die Rückzahlungsklausel gewährt hätte, wenn er sich ihrer Nichtigkeit bewußt gewesen wäre. Das BAG mußte aber in einem später entschiedenen Fall, in dem ein gegenteiliger Wille des Arbeitgebers feststand, die Erfahrung machen, daß der eingeschlagene Lösungsweg nicht

13) Vgl. auch Ramm, Die Anfechtung, S. 12; s. auch oben, S. 31 ff.

14) Siehe auch oben, S. 31 ff.

15) Siehe die Angaben in Fußn. 10

16) In diesem Zusammenhang spricht Isele (Anm. zu BAG, SAE 1963, S. 94) von einer "gewagten Hypothese". Vgl. auch Söllner, Anm. zu BAG, AP Nr. 144 zu § 242 BGB Ruhesgeld

immer zum gewünschten Ergebnis der Restgültigkeit führt ¹⁷⁾. In Bezug auf den Ausschluß der Totalnichtigkeit wird also durch diesen Vorschlag nichts geändert. Nach wie vor bleibt der Grundgedanke des § 139 BGB, nämlich die Berücksichtigung des Parteiwillens bestehen. Wie Sandrock richtig sagt, wird lediglich die Beweislast umgekehrt. Aber "eine solche minimale Veränderung"¹⁸⁾ von § 139 BGB, minimal im Hinblick auf eine generelle Lösung des Teilnichtigkeitsproblems auch dann, wenn Arbeitnehmerschutzgesetze verletzt worden sind, befriedigt nicht, da die Entscheidung zwischen Totalnichtigkeit und Restgültigkeit nach wie vor vom Parteiwillen abhängig ist. Die Lösung zugunsten der Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages muß sich unabhängig vom Parteiwillen ergeben, damit Restgültigkeit in jedem Fall gesichert ist. Ein weiteres Argument gegen diese Auffassung ist, daß sie dogmatisch im Gesetz keine Stütze findet. In § 139 BGB ist die entgegengesetzte Vermutung rechtlich statuiert. Die Anhänger dieser Auffassung haben sich wenig darum gekümmert, wie die Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB begründet werden kann. Nur Dersch ¹⁹⁾ will mit dem Schutzcharakter des Arbeitsrechts die Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB dogmatisch begründen.

17) BAG, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Gratifikation. Im übrigen kann die Sonderproblematik der Rückzahlungsklausel dahingestellt bleiben. Es genügt hier, darauf hinzuweisen, daß die Rückzahlungsklausel selbständig gegenüber dem Arbeitsvertrag steht und ihre Nichtigkeit den Bestand des Arbeitsvertrages nicht zu gefährden vermag. Im Rahmen der Arbeit werden nur solche Teilnichtigkeitsfälle behandelt, die mit der Gültigkeit des Arbeitsvertrages insgesamt zusammenhängen, s. auch oben, S. 5

18) Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 492. Es sei hier bemerkt, daß Sandrock diesen Satz im Zusammenhang mit seiner Theorie über die Funktion der Nichtigkeitsnorm gesagt hat. Vgl. auch Nikisch, Arbeitsrecht I, § 20 IV 5, Fußn. 66, S. 192; Ramm, Die Anfechtung, S. 11/12; Canaris, BB 1967, S. 166, Fußn. 14; Mayer-Maly, in: Festschrift für Gschnitzer, S. 279/280; Scholz, a.a.O., S. 37; Eberth, a.a.O., S. 85 ff.

19) Dersch, wie Fußn. 10

Das ist aber nicht möglich, weil das arbeitsrechtliche Schutzprinzip richtiger Ansicht ²⁰⁾ nach keine normative Kraft hat. Selbst wenn man aber das arbeitsrechtliche Schutzprinzip mit normativer Kraft versehen würde, könnte es doch nur unter Ausschluß des § 139 BGB zur Restgültigkeit führen. Dagegen ist nicht ersichtlich, wie es dogmatisch möglich sein soll, dem § 139 BGB mit Hilfe des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips die umgekehrte Vermutung zu geben. Eine solche Modifizierung ²¹⁾ des § 139 BGB ist nur auf dem Weg der Gesetzgebung möglich ²²⁾.

Nach alledem wird also dieser Lösungsvorschlag abgelehnt ²³⁾.

3. Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB

Die Autoren, die die Lösung der hier anstehenden Problematik nicht mit einer Anwendung und "entsprechenden" Auslegung des § 139 BGB zu begründen versuchen, gehen von der Erkenntnis aus, daß es im Individualarbeitsrecht, wo die Interessen des Arbeitnehmers besonders zu berücksichtigen sind, nicht richtig sein kann, den gesamten Arbeitsvertrag dann nichtig sein zu lassen, wenn zwingende, dem Schutz des Arbeitnehmers dienende Gesetze beim Abschluß des Arbeitsvertrages oder später verletzt worden sind. Um dieser Tatsache Rechnung zu tragen, befürworten die Anhänger dieser Auffassung den Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB. Dazu verfolgen sie aber verschiedene Wege, die im folgenden gesondert behandelt werden.

20) Siehe darüber ausführlich unten, S. 105 ff.

21) So auch Ramm, Die Anfechtung, S. 11

22) Wie neuerdings z.B. der Entwurf einer Kodifikation des Arbeitsrechts in Österreich in § 10 Abs. 1 das Prinzip der Restgültigkeit als gesetzliche Regelung vorgeschlagen hat. § 10 Abs. 1 lautet: Die Nichtigkeit des gesamten Arbeitsvertrages ist im Zweifel nicht anzunehmen; s. RdA 1960, S. 448, wo der österreichische Entwurf abgedruckt ist; über § 8 des Entwurfes eines allgemeinen Arbeitsvertragsrechts s. unten, S.

23) Vgl. auch die in Fußn. 18 genannten Autoren.

a) Ausschluß des § 139 BGB aus dem Sinn und Zweck
des verletzten Schutzgesetzes

Die Anhänger ²⁴⁾ dieser überwiegend in der Rechtslehre und
Rechtsprechung vertretenen Auffassung messen bei der Beurteil-
ung der teilnichtigen Arbeitsverträge den Schutzgesetzen eine
besondere Bedeutung bei und untersuchen, ob die Totalnichtigkeit
des Arbeitsvertrages mit dem Sinn und Zweck des verletzten
Arbeitnehmerschutzgesetzes zu vereinbaren ist. § 139 BGB fin-
det keine Anwendung, wenn die Totalnichtigkeit gegen den Sinn
und Zweck des konkret verletzten Schutzgesetzes verstößt ²⁵⁾.
Ein Haupteinwand gegen die dargelegte Meinung ist, daß sie die
Funktion der Schutzgesetze überspannt ²⁶⁾. Die Wirkungskraft
der Verbotsgesetze geht nicht so weit, daß von ihr auch die Teil-
nichtigkeitsfragen geregelt werden. Dies ergibt sich aus folgen-
den Überlegungen: Ein "Normwiderspruch" ²⁷⁾ zwischen § 139 BGB

- 24) Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 II
1, S. 186, § 33, Fußn. 42, S. 207; derselbe, Grundriß, § 18
II, S. 59/60; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 20 IV 5, S. 192;
Söllner, Arbeitsrecht, § 28 II 2 C, S. 206; Bobrowski-Gaul,
Das Arbeitsrecht, C III, Rdnr. 26; Zwarlick, Kommentar zu
AZO, § 3, Rdnr. 24; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse,
S. 86/87; Beuthien, RdA 1969, S. 162, II 2; Larenz, § 23 II
d, S. 386 f.; Flume, Das Rechtsgeschäft, § 32 4, S. 576;
Nipperdey-Neumann-Mohnen, in Staudinger-Kommentar, § 611 BGB,
Rdnr. 99; Hefermehl, in Soergel-Siebert, § 139 BGB, Rdnr.
25; Westermann, in Erman-Kommentar, § 139 BGB, Rdnr. 2;
Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil II, § 202 IV 3, S. 1221;
Heinrichs, in Palandt, § 139 BGB, Bem. 2; Krüger-Nieland,
in BGB-RGRK, § 139 BGB, Rdnr. 15; Sandrock, AcP Bd. 159,
S. 507 ff., 516 ff.; Pierer v. Esch, a.a.O., S. 128/129;
Löffl, Wettbewerbsverbote, S. 56; von der Rechtsprechung
vgl. RG, RGZ Bd. 146, S. 116 (119); RAG, ARS, Bd. 8, S. 356
(358); Bd. 12, S. 77 (80); BAG, BAGE, Bd. 1, S. 128 (133);
Bd. 10, S. 65 (73); von der älteren Literatur vgl. statt
vieler André, in: Festschrift für Enneccerus, S. 35; Potthoff,
JW 1921, S. 1286; derselbe, Arbeitsrecht, S. 49/50; und den
Urheber der Auffassung, Staub, Kommentar zum HGB, Bd. I,
Exkurs zu § 62 HGB
- 25) Der Schutzzweck des verletzten Gesetzes würde sich "in sein
Gegenteil verkehren". Vgl. das RG in seiner grundlegenden
Entscheidung vom 11.12.1934 (RGZ Bd. 146, S. 116 (119)), auf
die immer wieder Schrifttum und Rechtsprechung Bezug nehmen.
Vgl. zu dieser Entscheidung Scholz, a.a.O., S. 15; ferner
Eberth, a.a.O., S. 57
- 26) So auch Scholz(a.a.O.), S.26), aber nur im Zusammenhang mit
den Verbotsnormen der AZO
- 27) Siehe allg. darüber Engisch, Einführung in das juristische

und der Nichtigkeitsnorm kann nicht bestehen. Während das verletzte Schutzgesetz die Nichtigkeit eines Teils des Arbeitsvertrages ausspricht, regelt § 139 BGB die Folgen dieser Teilnichtigkeit. Deshalb besagt der Hinweis auf den Sinn und Zweck des Schutzgesetzes, mit dem sich die meisten Vertreter ²⁸⁾ der dargelegten Ansicht begnügen ²⁹⁾, für die Folgen der Teilnichtigkeit überhaupt nichts. § 139 BGB beansprucht nach wie vor, als Gesetzesrecht angewandt zu werden, wenn die hierfür erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind.

Die Anhänger der dargelegten Meinung versuchen nun, die dogmatische Unzulänglichkeit ihrer Begründung zu verdecken, indem sie allgemeine Formeln aufstellen. So meint z.B. Pierer v. Esch ³⁰⁾ in Anlehnung an Sandrock ³¹⁾, es gelte der allgemeine Satz, daß teilnichtige Arbeitsverträge aufrecht zuerhalten seien. Damit verläßt er aber die dogmatische Grundlage des Sinns und Zwecks des verletzten Gesetzes und zieht das Sozialstaatsprinzip ³²⁾ heran. Auch die Argumentation des BAG ist teilweise widersprüchlich. So folgt das Gericht in einem Fall im Zusammenhang mit der Nichtigkeit einer Zölibatsklausel ³³⁾ anfangs der hier besprochenen Ansicht über die Unanwendbarkeit des § 139 BGB, die nach dem Sinn und Zweck der verletzten Nichtigkeitsnorm - hier Verfassungsnorm - fragt. Danach prüft es aber die Möglichkeit einer Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages gemäß § 139 BGB, indem es den Parteiwillen erforscht.

Larenz ³⁴⁾, ebenfalls ein Vertreter der dargelegten Ansicht, will den Ausschluß des § 139 BGB mit Hilfe von dessen teleologischer Reduktion ³⁵⁾ methodisch begründen. Die Reduktion sei "durch den

Denken, S. 158/159, auch 161 (Mitte); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 293/294

- 28) Vgl. für alle Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht, C III, Rdnr. 26
29) Manchmal fehlt es überhaupt an einer dogmatischen Begründung. Vgl. z.B. Siara, Komm. zum BURLG, Bem. 3 a
30) Pierer v. Esch, a.a.O., S. 130
31) Vgl. Sandrock, Ergänzende Vertragsauslegung, S. 111
32) Siehe darüber unten, S. 87 ff.
33) BAG, AP Nr. 1 (Bl. 6) zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie
34) Larenz, Methodenlehre, S. 369; derselbe, Allg. Teil des BGB, § 23 II d, S. 387
35) Vgl. darüber allgemein Larenz, Methodenlehre, S. 355 ff., 369 ff.; Canaris, Die Feststellung von Gesetzeslücken, S. 82 ff., 151 ff.

Sinn und Zweck ... einer anderen Regel"³⁶⁾, d.h. der konkret verletzten Nichtigkeitsebene des Arbeitnehmerschutzrechts, gefordert.

Larenz ist in seinem Ausgangspunkt zuzustimmen - der im übrigen von der überwiegenden Meinung geteilt wird -, daß zwischen dem verletzten Schutzgesetz und dem § 139 BGB ein "teleologischer Widerspruch"³⁷⁾ besteht. Denn durch die Anwendung des § 139 BGB mit der Folge der Totalnichtigkeit wird der Schutzzweck der verletzten Nichtigkeitsebene vereitelt. Die Feststellung, daß ein teleologischer Widerspruch vorhanden ist, enthält aber nicht automatisch die Lösung des Problems. Dies macht Engisch³⁸⁾ deutlich, der als erster solche "Systembrüche"³⁹⁾ untersucht hat und die Auffassung vertritt, daß die Wertungswidersprüche, die Normwidersprüche ausgenommen, "im allgemeinen hingenommen werden müssen"⁴⁰⁾. Auch Canaris, der am großzügigsten Möglichkeiten⁴¹⁾ einräumt, um Wertungswidersprüche zu vermeiden, führt aus, daß "sich Wertungs- und Prinzipwidersprüche nicht ausnahmslos vermeiden lassen"⁴²⁾. Larenz⁴³⁾ unterscheidet nun nicht eindeutig zwischen dem Vorgang der Lückenfeststellung und ihrer Ausfüllung. Dies ist aber jedenfalls theo-

36) Larenz, Methodenlehre, S. 355, 369

37) Vgl. allg. darüber Engisch, Einführung, S. 156 ff. (161/162); derselbe, Einheit der Rechtsordnung, S. 63 f., 84; Larenz, Methodenlehre, S. 316; Canaris, Systemdenken und Systembegriff, S. 112 ff.

38) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 59 ff.

39) Der Ausdruck stammt von Canaris, Systemdenken, S. 112 ff.

40) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, S. 63, 84; derselbe, Einführung, S. 161, 162; Larenz, Methodenlehre, S. 316 und Fußn. 2; nach Canaris (Die Feststellung von Lücken, S. 66, Fußn. 32) sind auch die Wertungswidersprüche "grundsätzlich" hinzunehmen. S. auch Fußn. 42

41) Vgl. Canaris, Systemdenken, S. 112 ff.; er will sogar das Verfahren der Beseitigung von Normwidersprüchen auch bei Vorliegen von Wertungswidersprüchen anwenden, a.a.O., S. 122, Fußn. 38

42) Canaris, Systemdenken, S. 27, 119 ff., 126 ff., noch "enger" ist Canaris' Auffassung in: Die Feststellung von Lücken, S. 66, Fußn. 32; s. auch oben, Fußn. 40

43) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 350 ff., 355, 369 ff.; s. aber unten, Fußn. 47

retisch erforderlich⁴⁴⁾. Beide Vorgänge sind zwar dann, wenn es sich um abändernde Rechtsfindung durch teleologische Reduktion⁴⁵⁾ handelt, die durch den Sinn und Zweck des verletzten Schutzgesetzes gefordert wird, praktisch nicht voneinander zu trennen⁴⁶⁾. Trotzdem müssen sie - richtiger Ansicht nach⁴⁷⁾ - streng auseinandergehalten werden. Dafür sprechen nicht nur methodische Gründe - ihre Transparenz - sondern auch logische. Die Diagnose, d.h. die Feststellung der Lückenhaftigkeit des Gesetzes - § 139 BGB -, muß vor der Therapie, d.h. der Lückenschließung, stattfinden. Nur dadurch nämlich können die Fälle, in denen ein rechtspolitischer Fehler⁴⁸⁾ vorliegt, der in jedem Fall hingenommen⁴⁹⁾ werden muß, sicher von den Fällen der Lückenhaftigkeit des Gesetzes abgegrenzt werden. Im folgenden sollen daher bei der weiteren Prüfung der Ansicht von Larenz die beiden Vorgänge: Feststellung der Lückenhaftigkeit und ihre Ausfüllung auseinandergehalten werden. Hier stellt sich nun die Frage, ob und in welchem Sinn eine Gesetzeslücke in § 139 BGB zu erblicken ist, wenn es um verletzte Schutzgesetze geht, die schon vor dem Erlaß des BGB - § 139 BGB - in Kraft getreten sind. Als Beispiel sollen die arbeitsrechtlichen Schutzbestimmungen der GewO, die größtenteils im Jahre 1891 in Kraft getreten sind, dienen. Sie gehören nach einstimmiger Auffassung dem Arbeitnehmerschutzrecht⁵⁰⁾ an. Es fragt sich, ob man als Rechtsgrundlage für die Lückenhaftigkeit

-
- 44) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 58, S. 339, § 59 II, S. 347; sehr deutlich auch Klug, Rechtslücke und Rechtsgeltung, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 79; vgl. ferner Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 82 ff., 151 ff.
- 45) Anders als Larenz (Methodenlehre, S. 369) spricht Nipperdey (in Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 59, S. 344, § 59 II, S. 347 f.) in diesem Zusammenhang von abändernder Rechtsfindung durch Restriktion.
- 46) Vgl. auch die Darstellung bei Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 82 ff., 151 ff.
- 47) Wie Fußn. 44; auch Larenz (Methodenlehre, S. 355 und Fußn. 3, S. 357, insbesondere 369, 378) geht stillschweigend von der Feststellung der Lückenhaftigkeit des in Betracht kommenden Gesetzes aus.
- 48) Siehe darüber Larenz, Methodenlehre, S. 353/354; Engisch, Einführung, S. 134 ff.; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 32 ff.
- 49) Vgl. für alle Engisch, Einführung, S. 138; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 33/34, 71 ff.; derselbe, Systemdenken, S. 119
- 50) S. für alle A.Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 80 IV, S. 807

des Gesetzes in § 139 BGB auf den Sinn und Zweck der konkret verletzten Schutzbestimmung der GewO, die insoweit 9 Jahre älter ist als das BGB, abstellen kann. Dies ist zu verneinen, denn es würde bedeuten, daß eine nachträgliche ⁵¹⁾ Gesetzeslücke vorliegt. Die Konstruktion einer nachträglichen Gesetzeslücke ist jedoch nicht möglich, weil das BGB nach der GewO erlassen worden ist. Die gleichen Schwierigkeiten bestehen hinsichtlich Schutzgesetzen, die im Rahmen des BGB oder außerhalb zur gleichen Zeit wie § 139 BGB bzw. unmittelbar danach erlassen wurden. Auf der Grundlage der Meinung von Larenz kann man hier konsequent nur zu dem Ergebnis gelangen, daß die in § 139 BGB niedergelegte Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen als sozialpolitisch unbefriedigend ⁵²⁾ zu bewerten ist und daß die Anwendung des § 139 BGB zu sozial unbefriedigenden Ergebnissen führt, d.h. daß es sich um einen rechtspolitischen Fehler handelt. Der rechtspolitische Fehler des § 139 BGB kann jedoch nicht seine Änderung begründen.

Nipperdey ⁵³⁾ hat in seiner grundlegenden Arbeit über die "privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts" versucht, durch Heranziehung des § 134 Halbsatz 2 BGB eine positivrechtliche Grundlage für den Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB zu gewinnen. Er meint, daß die Wendung des § 134 BGB: "wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt", die notwendige Rechtsgrundlage für eine Zurückdrängung des § 134 BGB selbst und darüber hinaus, was hier das Problem ist, auch des § 139 BGB gebe. "Etwas anderes" folge nämlich aus dem Sinn und Zweck der zugunsten des Arbeitnehmers erlassenen Schutzgesetze.

Gegen Nipperdey ist einzuwenden, daß sich die endgültige Einschränkung der Teilnichtigkeit auf den nichtigen Teil des Arbeits-

51) Siehe allgemein darüber Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 134 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 358; s. auch unten, S. 95 ff.

52) Hierbei ist zu berücksichtigen, daß sich die Mehrheit der Stimmen in der Literatur und Rechtsprechung trotz der sozialpolitisch unbefriedigenden Ergebnisse des § 139 BGB, die einzeln bereits um 1900 (s. oben, S. 69) erkannt wurden, mit der Regelung des § 139 BGB zufrieden gab. Vgl. z.B. Stadthagen, Das Arbeitsrecht, S. 39; s. dazu auch die Nachweise bei Scholz, a.a.O., S. 4 ff.

53) Nipperdey, in: RG-Festgabe, Bd. IV, S. 210, 212; vgl. auch Siebert, AR-Blattei, Arbeitsrecht I C unten CI

vertrages - Restgültigkeit - aus § 134 Halbsatz 2 BGB nicht ergeben kann. Der Ausnahmefall des § 134 BGB will lediglich zum Ausdruck bringen, daß nicht jeder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot unbedingt zur Nichtigkeit führt. Es könnte sich auch etwas anderes, d.h. die Restgültigkeit ergeben. Das folgt dann aber nicht aus § 134 BGB ⁵⁴⁾, sondern entweder aus dem Wortlaut des Verbotsgesetzes oder, nach der hier besprochenen Ansicht, aus dem durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes. Nipperdey ist also gezwungen, letztlich doch auf Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes abzustellen. § 134 BGB leistet nichts ⁵⁵⁾ für die Anwendung oder Nichtanwendung des § 139 BGB. Die Verweisung des § 134 BGB auf die Verbotsgesetze stellt etwas an sich Selbstverständliches dar. Auch wenn sie fehlen würde, wäre die Rechtsfolge, die durch die Verbotsgesetze allein bestimmt wird, die gleiche. Die Formulierung des § 134 BGB deutet auf die Möglichkeit einer Aufrechterhaltung des teils nichtigen Rechtsgeschäfts hin, obwohl ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt. Wann aber diese Möglichkeit im Einzelfall eintreten soll, folgt nicht aus § 134 BGB. Mit Flume ⁵⁶⁾ ist deshalb zu bemerken: "Die Vorschrift des § 134 BGB besagt in Wirklichkeit nichts". Die Ansicht von Nipperdey ist deshalb abzulehnen ⁵⁷⁾. Sandrock ⁵⁸⁾ hat zwischen "bestimmten Nichtigkeitsnormen" und "Substitutionsnormen" ⁵⁹⁾ unterschieden. Nach ihm bedeutet "bestimmende Nichtigkeitsnorm", daß sie einerseits die Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts bewirkt und andererseits gleichzeitig die Fortgeltung des übrigen Rechtsgeschäfts anordnet. Unter "Substitutionsnorm" versteht er eine Norm, mit dreifacher Funktion.

54) Hefermehl (in Soergel-Siebert, § 134 BGB, Rdnr. 1 und 4) betont, daß § 134 BGB selbst keine eindeutige Rechtsfolge bei Verletzung einer Verbotsnorm enthalte; vgl. auch Coing, in Staudinger-Kommentar, § 134 BGB, Rdnr. 2; vgl. ferner Heinrichs, in Palandt, § 134 BGB Bem. 2 a

55) Vorausgesetzt selbstverständlich, daß gemäß § 134 BGB Teilnichtigkeit eintritt.

56) Flume, Das Rechtsgeschäft, § 17 I, S. 341

57) Siehe auch die Bedenken bei Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 514; Herzog, Quantitative Teilnichtigkeit, S. 110; Eberth, a.a.O., S. 61/62; eingehend Scholz, a.a.O., S. 31/32

58) Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 482 ff.

59) Sandrock, a.a.O., S. 486

Erstens wird der nichtige Teil des Rechtsgeschäfts beseitigt, zweitens der gesunde Teil des Rechtsgeschäfts aufrechterhalten und drittens die entstandene Lücke durch eine in der "Substitutionsnorm" selbst enthaltene gesetzliche Regelung ausgefüllt⁶⁰⁾. Diese Unterscheidung leistet aber nichts für eine dogmatische Erfassung⁶¹⁾ der Änderung des § 139 BGB. Sie setzt vielmehr voraus, daß § 139 BGB mit der Folge der Totalnichtigkeit mit dem Sinn und Zweck des konkret verletzten Schutzgesetzes unvereinbar ist. Sandrock⁶²⁾ selbst weist auf den Sinn und Zweck des verletzten Schutzgesetzes als maßgeblich hin. Seine systematisierende Begriffsbildung führt also im Zusammenhang mit dem angesprochenen Problem nicht weiter.

Die dargelegte Meinung ist jedoch nicht nur aus konstruktiven Gesichtspunkten heraus abzulehnen. Gegen sie bestehen auch in praktischer Hinsicht Bedenken. Eberth⁶³⁾, der der dargelegten Meinung anhängt, ist der Ansicht, daß der Arbeitnehmer auch einmal aufgrund der Annahme der Restgültigkeit geschädigt werden könne und dann nicht Restgültigkeit unter Ausschluß des § 139 BGB, sondern die Anwendung des § 139 BGB mit der Folge der Totalnichtigkeit anzunehmen sei. Er sieht den Schutzzweck der verletzten Nichtigkeitsnorm konkret auf die speziellen und von Fall zu Fall unterschiedlichen Interessen des Arbeitnehmers bezogen. Er nennt z.B. den Fall, daß ein Arbeitnehmer wegen der Leistung verbotener Arbeitszeit im Hinblick auf den Mehrverdienst⁶⁴⁾ einen langen Anfahrtsweg, der erhebliche Fahrkosten verursacht, in Kauf genommen hat. Der Arbeitnehmer möchte nun vom gesamten Arbeitsvertrag loskommen und die erhöhten Fahrkosten ersparen. Aufgrund dieses speziellen Interesses des Arbeitnehmers kommt Eberth⁶⁵⁾ dazu, § 139 BGB anzuwenden und Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrages anzunehmen.

60) Sandrock, a.a.O., S. 486

61) Sandrock (a.a.O., S. 486) selbst mißt dieser Unterscheidung nur "technische Bedeutung" bei.

62) Sandrock, a.a.O., S. 482, 504, 507/508, 544

63) Eberth, a.a.O. S. 65, 88

64) Dieses Beispiel stammt aus Scholz (a.a.O., S. 26 ff.), das auch Eberth (a.a.O., S. 65) übernommen hat.

65) Eberth, a.a.O., S. 65/66

Eberth kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht angängig, je nach den Dispositionen des Arbeitnehmers einmal seinen Parteiwillen - nach § 139 BGB - das andere Mal den Schutzzweck des verletzten Verbotsgesetzes zu berücksichtigen. Dies wird deutlich, wenn man einmal den ähnlich gelagerten Fall bildet, daß der Arbeitnehmer danach trachtet, einen neuen Arbeitsvertrag mit der verbotenen Klausel abzuschließen, daran aber durch die Restgültigkeit des alten Vertrages gehindert ist. Sein Interesse geht auf Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrages. Konsequenz müßte Eberth auch hier dem Interesse des Arbeitnehmers Rechnung tragen und zur Anwendung des § 139 BGB gelangen. Damit würde aber der Schutzgedanke der Nichtigkeitsnorm total pervertiert.

Die Argumentation Eberths zeigt, daß die dargelegte Meinung, auf den Sinn und Zweck des einzelnen Schutzgesetzes abzustellen, immerhin die Gefahr in sich birgt, den vom Gesetz bezweckten Schutz mit dem von Fall zu Fall unterschiedlichen Interesse des Arbeitnehmers gleichzustellen.

Ein anderer Einwand gegen die dargelegte Meinung ist, daß sie durch ihr Verfahren die Rechtssicherheit gefährdet⁶⁶⁾. Es kann nämlich nicht geleugnet werden, daß die Abhängigkeit der Lösung des Teilnichtigkeitsproblems von der Wertung des konkreten Schutzgesetzes in den einzelnen Fällen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann. So verlangt Sandrock eine "Analyse der Norm und eine Prüfung der ihr zugrunde liegenden Interessenlage"⁶⁷⁾, um "unter den arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften"⁶⁸⁾ Bestimmungen zu finden, die den Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB fordern. Hier muß aber gefragt werden, unter welchen Kriterien die "arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften" untersucht werden können. In diesem Punkt weichen die Ansichten voneinander ab.

66) Vgl. auch Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 287 a

67) Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 507

68) Sandrock, a.a.O.

Es genügt, auf die Auffassung von Scholz ⁶⁹⁾ hinzuweisen, der die Verbotsgesetze der AZO aus der Gruppe der Verbotsgesetze, die die Anwendung des § 139 BGB ausschließen sollen, herausnehmen will. Denn er unterscheidet danach, ob das verletzte Verbotsgesetz der Sicherung des Arbeitsplatzes ⁷⁰⁾ dient oder andere Aufgaben erfüllt. Es ist deshalb durchaus möglich, daß ein und dasselbe Verbotsgesetz auch in der Anwendung durch den Richter einmal zum Ausschluß, das andere Mal zur Anwendbarkeit des § 139 BGB führen kann ⁷¹⁾.

Dies soll folgendes Beispiel verdeutlichen. In einem Arbeitsvertrag ist die besondere Abrede über den Urlaub nichtig, weil sie gegen das Urlaubsgesetz - § 13 Abs. 1 BUrlG - verstößt. Hier könnte man, weil der Sinn und Zweck des BUrlG nicht zur Sicherung des Arbeitsplatzes dient, sondern die Erholung des Arbeitnehmers durch Freizeit bezweckt, ähnlich wie Scholz das mit der AZO tut, der Auffassung sein, daß § 139 BGB zur Anwendung gelangt. Damit wäre also der Arbeitsvertrag der Totalnichtigkeit ausgesetzt. Diese Lösung wäre wenig glücklich. Die Erholung des Arbeitnehmers, d.h. also die Sicherung und Erhaltung seiner Arbeitskraft, kann sich jedoch sinnvoll nur im Rahmen eines bestehenden Arbeitsvertragsverhältnisses entfalten. So schließt der Zweck der Sicherung der Arbeitskraft mittelbar die Erhaltung des Arbeitsplatzes mit ein.

Daraus folgt, daß eine unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Verbotsgesetze des Arbeitnehmerschutzrechts nicht gerechtfertigt ist. Die Auffassung, die außer einem allgemeinen Arbeitnehmerschutz noch eine konkrete Schutzzweckrichtung der Nichtigkeitsnorm verlangt, ist deshalb abzulehnen ⁷²⁾.

Dies wird bestätigt, wenn man die dargelegte Auffassung konsequent durchführt, dann werden nämlich Widersprüche sichtbar, je nachdem, ob die Teilnichtigkeit aufgrund Verletzung von

69) Siehe Scholz, a.a.O., S. 26/27

70) Vgl. z.B. KSchG, MuSchG

71) Vgl. auch M. Wolf (a.a.O., S. 287 a), nach dem im Einzelfall die Auslegung häufig zweifelhaft sein könne.

72) Ähnlich auch Pierer v. Esch, a.a.O., S. 129

Tarifnormen oder Arbeitnehmerschutzgesetzen entstanden ist. Dies zeigt folgendes Beispiel.

Ein Arbeitsvertrag ist wegen Verletzung einer Tarifnorm, die die Arbeitszeit in bestimmter Höhe festlegt, teilnichtig. Aufgrund der unmittelbaren und zwingenden Wirkung des § 4 Abs. 1 TVG tritt die Tarifnorm an die Stelle der nichtigen Vertragsabrede. Der Arbeitsvertrag bleibt weiter bestehen ⁷³⁾. Wenn nun der gleiche Arbeitsvertrag gegen die AZO verstoßen würde, müßte man, der hier besprochenen Ansicht folgend, danach fragen, ob die Totalnichtigkeit "mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes, den Arbeitnehmer zu schützen, ihn also günstiger zu stellen, in Widerspruch steht" ⁷⁴⁾. Das kann im einzelnen Fall, wie oben ⁷⁵⁾ gezeigt wurde, dazu führen, daß § 139 BGB zur Anwendung gelangt. Dieses Ergebnis stünde in krassem Gegensatz zur Behandlung der entsprechenden Tarifnorm, obgleich doch die Schutzfunktion der zwingenden Bestimmungen der AZO und der zwingenden tariflichen Bestimmungen völlig gleichwertig ⁷⁶⁾ ist. Wenn der Gesetzgeber im Hinblick auf den Schutzzweck der Tarifnormen von

73) Vgl. für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 II 3, S. 186; derselbe, Grundriß, § 57 III 1, S. 237; Söllner, Arbeitsrecht, § 16 III 3 a, S. 123; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 20 IV 5, S. 192; insbesondere Eberth (a.a.O., S. 68 ff., 96 ff.), der sich am eingehendsten mit Verstößen gegen kollektive Regelungen beschäftigt hat; die von Neumann (in Dersch-Neumann, Kommentar zum BUrlG, § 13, Rdnr. 54) vorgeschlagene Heranziehung des § 139 BGB dann, wenn die Regelung des Urlaubs gegen einen Tarifvertrag verstößt, ist fehl am Platz. Bei Verstößen gegen Tarifnormen stellt sich das Teilnichtigkeitsproblem gar nicht.

74) Statt vieler vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 II 2, S. 186

75) Siehe oben, S. 83 ff..

76) Über die arbeitnehmerschutzrechtliche Qualität der Tarifnormen vgl. Nipperdey, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, § 3 I, S. 25 f., § 27, S. 533 ff.; Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, § 198 I 3, S. 747

vornherein die Totalnichtigkeit unmöglich⁷⁷⁾ - § 4 Abs. 1 TVG - gemacht hat, ist es auch bei den Verbotsgesetzen des MuSchG, SchwBeschG, KSchG, der AZO, BUrlG, usw. sachlich nicht gerechtfertigt, anders zu verfahren, mit der damit verbundenen Gefahr, zu einer anderen Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen zu kommen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die dargelegte Meinung weder dogmatisch zu überzeugen vermag noch in Bezug auf die praktischen Ergebnisse befriedigt. Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrages kann nicht ausgeschlossen werden, soweit versucht wird, den Sinn und Zweck jedes einzelnen, konkret verletzten Verbotsgesetzes auszulegen.

b) Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB durch das Sozialstaatsprinzip

Die Ansicht, die das Teilnichtigkeitsproblem unter Heranziehung des Sozialstaatsprinzips lösen will, versucht, wie schon erwähnt⁷⁸⁾, dieses Prinzip primär und unmittelbar für die dogmatische Begründung der Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages fruchtbar zu machen.

Pierer v. Esch⁷⁹⁾ vertritt den Standpunkt, daß das Teilnichtigkeitsproblem allgemein im Individualarbeitsrecht, wenn Schutzbestimmungen verletzt worden sind und Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages eingetreten ist, mit Hilfe des Sozialstaatsprinzips gelöst werden kann. Er hält die Aufrechterhaltung des übrigen wirksamen Arbeitsvertragsteils für ein "soziales Erfordernis, das seine Grundlage letztlich im Sozialstaatsprinzip hat"⁸⁰⁾. Seine These ist aber nicht neu. Schon Berger⁸¹⁾ hat sie im Jahre 1955, in der Formulierung schärfer als Pierer

77) Vgl. Nipperdey, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1 § 27 I 7 b, Fußn. 5 a, S. 535; s. auch die zahlreichen Angaben oben, Fußn. 73

78) Siehe oben, S. 78

79) Pierer v. Esch, a.a.O., S. 130, 134, 137

80) Pierer v. Esch, a.a.O., S. 130

81) Berger, Bedeutung und Tragweite des Grundsatzes vom sozialen Rechtsstaat, in: Betriebsverfassung 1955, Heft 8, S. 4 ff.

v. Esch, vertreten⁸²⁾. Er führt folgendes aus: Das Prinzip der Sozialstaatlichkeit verbiete die Anwendung des § 139 BGB überhaupt und führe zu dem Ergebnis, daß an die Stelle der nichtigen Vertragsbestimmung von selbst die vom Gesetz gewünschte Schutzbestimmung trete⁸³⁾.

Um konkrete Folgerungen für die Lösung des Teilnichtigkeitsproblems aus dem Sozialstaatsprinzip ziehen zu können, ist es erforderlich, zuerst seine rechtliche Relevanz zu bestimmen⁸⁴⁾⁸⁵⁾. Es ist offensichtlich, daß die dargelegte Ansicht von der Erkenntnis ausgeht, daß dem Sozialstaatsprinzip unmittelbare absolute normative⁸⁶⁾ Wirkung zukommt. Die Gegenmeinung will aber in dieser Art die rechtliche Qualität des Sozialstaatsprinzips nicht anerkennen⁸⁷⁾. In der Tat überdehnt⁸⁸⁾ das

82) Vgl. weiter Lange (Allg. Teil des BGB, § 49 IV, S. 315), der zwar nicht vom Sozialstaatsprinzip spricht, aber doch von "sozialwichtigen Verträgen", bei denen § 139 BGB nicht angewandt werden soll. Als Beispiel für sozialwichtige Verträge bringt er unter anderem auch den Arbeitsvertrag.

83) Berger, a.a.O., S. 10

84) Das kann allerdings nur in dem durch die Arbeit vorgegebenen Zusammenhang geschehen.

85) Vgl. allgemein dazu die klärende Analyse der Einzelaussagen zu dem rechtlichen Gehalt der Sozialstaatsklausel bei Benda, Industrielle Herrschaft, S. 49-69; vgl. ferner die knappe aber anschauliche Wiedergabe des Streitstandes bei Söllner, Arbeitsrecht, § 6 IV, S. 40-41; Nikisch, Arbeitsrecht, § 5 II, S. 35 ff.; vgl. schließlich Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 15 II 2, S. 81 ff.; Nipperdey, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, § 3, S. 41 ff. und die in FuBn. 1, S. 19 ff. (wie auch RdNr. 19 des Nachtrages in II/2, S. 1625) angegebenen umfassenden Literaturhinweise; über den Standpunkt des BAG s. A. Hueck, Der Sozialstaatsgedanke in der Rechtsprechung des BAG, in: Festschrift für Apelt, S. 57 ff.; Müller, Der Sozialstaatsgedanke unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des BAG, BABl 1964, S. 723 ff.

86) Vgl. Nipperdey, in Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 15 II 2, S. 82 ff.; derselbe, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, § 3 IV 3 a, S. 41; Schnorr von Carolsfeld, Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts, RdA 1964, S. 298; Müller BABl 1964, S. 728

87) Statt vieler vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 1, FuBn. 6, S. 392; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5 II 5, S. 38; Söllner, Arbeitsrecht, § 6 IV, S. 41; Benda (Industrielle Herrschaft, S. 67), der aber ausnahmsweise eine normative Kraft des Sozialstaatsprinzips nicht ausschließen will; Laufke, Vertragsfreiheit u. Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann I, S. 185; vgl. auch das BAG, BAGe, Bd. 13, S. 228 (231); Bd. 14, S. 282 (290)

88) Vgl. gegen eine Überanspruchung des Sozialstaatsprinzips

von Berger und Pierer v. Esch vertretene Verständnis des Sozialstaatsprinzips dessen rechtlichen Gehalt, der weder unstreitig noch gar abschließend geklärt ist.⁸⁹⁾ Bei dieser Auffassung wären Befürchtungen um die Existenz des Privatrechts überhaupt berechtigt. Es wäre nicht übertrieben, wenn man mit Dürig⁹⁰⁾ von einer "Verstaatlichung (Sozialisierung) des Privatrechts" sprechen würde. Anders als bei den einzelnen Grundrechten, die eine einigermaßen abgrenzbare Konkretisierung⁹¹⁾ erfahren haben, steht das Sozialstaatsprinzip ohne irgendeine inhaltliche Konkretisierung da. Es findet sich lediglich die Berufung auf die "Sozialstaatlichkeit". Ein Sozialstaatsprinzip mit normativ gestaltender Wirkung und unbegrenzter Reichweite ist gefährlich. Es gäbe keinen Hinderungsgrund, mit einem vorschnellen Rückgriff auf das Sozialstaatsprinzip in beliebiger Weise zu dem erwünschten Ergebnis zu gelangen. Nikisch meint: "Vorsicht ist geboten"⁹²⁾. Deshalb wird dem behutsameren Vorgehen der Meinung, die dem Sozialstaatsprinzip eine normative Wirkung abspricht, gefolgt⁹³⁾. Andererseits soll damit nicht gesagt sein, daß das Sozialstaatsprinzip einen "belanglosen Blankettbegriff"⁹⁴⁾ darstellt. Diese Wertung wird seiner überragenden Bedeutung nicht gerecht⁹⁵⁾.

Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 36/37

- 89) Vgl. für alle Nipperdey, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, § 3 IV 3 b, S. 41
- 90) Dürig (Grundrechte und Zivilrechtsordnung, in: Festschrift für Nawiasky, S.184), der diesen Vorwurf gegen die Auffassung über die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte (s. darüber oben, S.63 ff.) erhoben hat. Vielmehr trifft er hier zu.
- 91) Nach A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 1, Fußn. 6, S.392) stellt das Sozialstaatsprinzip "einen sehr allgemeinen Grundsatz" dar; vgl. denselben anschaulicher, in Festschrift für Apelt, S. 69 f.
- 92) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5, 4, S. 38
- 93) Vgl. für alle Söllner, Arbeitsrecht, § 6 IV, S. 41
- 94) Siehe bei Nipperdey (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, § 3, Fußn. 41, S.42) Angabe des Urhebers des Ausdruckes; vgl. ferner den vom BVerfG (BVerfGE, Bd.1, S.97 (105)) aufgestellten Satz: "Das wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates kann nur der Gesetzgeber tun".
- 95) Nach Huber (Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S.37) ist das Sozialstaatsprinzip eine "Grundnorm obersten Ranges"; oft wird es als "Leitbild" für die Entwicklung in der Zukunft bezeichnet. So Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5, 4, S.38; Raiser, Grundgesetz und Privatrechtsordnung, in: 46 DJT, Bd. II B 15; vgl. auch die Charakterisierung des Sozialstaatsprinzips als "Staatszielbestimmung". So Benda, Industrielle Herrschaft, S. 69

Es ist h.A., daß dem Sozialstaatsprinzip die Wirkung eines Auslegungsgrundsatzes zukommt ⁹⁶⁾. An dieser Meinung ist festzuhalten. Unter dem Blickwinkel der Eigenschaft des Sozialstaatsprinzips als Auslegungsgrundsatz sind auch das Teilnichtigkeitsproblem und § 139 BGB zu betrachten. Der Hinweis auf die Sozialerforderlichkeit ⁹⁷⁾ kann wohl als Erklärung dafür dienen, daß das gewünschte Ergebnis der Restgültigkeit angemessen bzw. notwendig ist, nicht aber, rein dogmatisch gesehen, für seine rechtliche Begründung. Es kommt auch hinzu, daß das Sozialstaatsprinzip keine einseitige arbeitnehmerschutzrechtliche Richtung hat. Das BAG hat das Sozialstaatsprinzip z.B. auch zugunsten des Arbeitgebers herangezogen ⁹⁸⁾.

Es erscheint deshalb angemessen, den Ausschluß von § 139 BGB nicht mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz des Sozialstaatsprinzips zu begründen ⁹⁹⁾. Vielmehr sollen dazu die allen arbeitnehmerschutzrechtlichen Normen innewohnenden Rechtsgrundsätze herangezogen werden.

Die Ansicht von Berger und Pierer v. Esch wird also nicht abgelehnt, weil sie unbillig erscheint, sondern wegen ihrer mangelnden dogmatischen Überzeugungskraft.

96) Statt vieler vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 1, Fußn. 6, S. 392; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann, Bd. I, S. 185; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 5, S. 38; Camillischeg, Die Grundrechte, AcP, Bd. 164, S. 389, 404; Benda, Industrielle Herrschaft, S. 62 f.; Söllner (Arbeitsrecht, § 6 IV, S. 41) spricht dem Sozialstaatsprinzip auch die Auslegungsfunktion ab.

97) Auf die Gefahren solcher Argumentationen wird von Benda (Industrielle Herrschaft, S. 67) hingewiesen. Er betont ausdrücklich: "Der Rechtsstaat müßte in Gefahr geraten, wenn unter Berufung auf die Sozialstaatsklausel ... geltendes Recht, wegen angeblich fehlender Übereinstimmung mit heute bestehenden sozialen Vorstellungen, für ungültig erklärt werden könnte".

98) BAG, BAGE, Bd. 13, S. 79 (88)

99) Vgl. auch Klette, BB 1970, S. 404

c) Ausschluß des § 139 BGB durch § 315 BGB

Im Folgenden soll untersucht werden, ob das Teilnichtigkeitsproblem mit Hilfe des Schutzgedankens ¹⁰⁰⁾ des § 315 Abs. 1 BGB gelöst werden kann. In letzter Zeit vermehren sich nämlich die Stimmen ¹⁰¹⁾, die für die Lösung von arbeitsrechtlichen Problemen von einem Verständnis des Arbeitsverhältnisses als einem "Unterwerfungsverhältnis" ¹⁰²⁾ ausgehen. Damit wird im einzelnen Fall eine einseitige Rechtsgestaltungsmacht des Arbeitgebers, die auf "faktisch erzwungener Unterwerfung beruht" ¹⁰³⁾ angenommen. Diese Rechtsgestaltungsmacht des Arbeitgebers wird durch analoge Anwendung des § 315 BGB kontrolliert, um die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses im Rahmen des billigen Ermessens zu halten. Die analoge Anwendung des § 315 BGB hat den großen Vorteil, daß sich das Teilnichtigkeitsproblem dann gar nicht stellt, weil dem Richter gemäß § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB die Befugnis eingeräumt wird, durch Gestaltungsurteil den unbilligen Teil zu ersetzen.

Dieser Ansicht, die hier sehr vereinfacht dargestellt wurde, kann als generelle Lösung ¹⁰⁴⁾ des Teilnichtigkeitsproblems nicht zugestimmt werden. Es fragt sich zunächst, inwieweit das Arbeitsverhältnis als ein Unterwerfungsverhältnis gedeutet werden kann.

Im Rahmen der Arbeit wird davon ausgegangen, daß gemäß dem prinzipiell auch im Individualarbeitsrecht herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ¹⁰⁵⁾, beiden Arbeitsvertragsparteien frei steht, unter Beachtung des geltenden Rechts, die Arbeitsbedingungen ihres Arbeitsverhältnisses zu gestalten. Es ist

100) Nämlich die richterliche Billigkeitskontrolle und die Unverbindlichkeit einer "unbilligen" Bestimmung. Vgl. allg. über § 315 BGB für alle Larenz, Schuldrecht I, § 6 II, III, S. 63 ff., 67 ff.

101) Vgl. grundlegend Söllner, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, S. 18 ff., 40 ff., 57 ff.; Säcker, Gruppenautonomie, S. 205 ff., 224 ff. mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

102) Siehe über diesen Begriff Söllner, a.a.O., S. 40 ff.

103) So Säcker (Gruppenautonomie, S. 225) für die von ihm untersuchte Fallgruppe von "allgemeinen Arbeitsbedingungen".

104) Nur darum geht es in dem Zusammenhang der Arbeit. Das Problem der "allgemeinen Arbeitsbedingungen" wird im Rahmen dieser Arbeit nicht untersucht; s. oben, S. 5

105) Vgl. für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 25 I, S. 145/146; s. auch unten, S. 120, Fußn. 136

zwar richtig, daß das Prinzip der Privatautonomie im Individualarbeitsrecht tatsächlich weitgehend eingeschränkt ist. Der Arbeitgeber hat im einzelnen Fall aufgrund seiner wirtschaftlichen Stärke einen größeren Spielraum als der Arbeitnehmer zur Gestaltung der Arbeitsbedingungen und entsprechend ergibt sich, daß der in der Regel vom Arbeitgeber wirtschaftlich abhängige Arbeitnehmer nicht entsprechenden Gebrauch von der Vertragsfreiheit machen kann ¹⁰⁶⁾: Diese "typische" Situation, nämlich die in der Regel ungleiche Stellung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, hat der Gesetzgeber aber insoweit berücksichtigt, als er einmal die kollektive Regelung der Arbeitsbedingungen durch die Sozial- und Betriebspartner anerkannt hat und zum anderen das Arbeitnehmerschutzrecht ¹⁰⁷⁾ geschaffen hat. Beides dient dazu, die einzelvertraglich nicht bestehende Äquivalenz der Vertragsparteien wieder herzustellen. Es wäre verfehlt, mit dem Ausgangspunkt der wirtschaftlichen Schwäche des Arbeitnehmers generell den Abschluß des Arbeitsvertrages als eine Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Gestaltungsmacht des Arbeitgebers ¹⁰⁸⁾ aufzufassen. Eine solche Meinung würde die Entwicklung des Arbeitnehmerschutzrechts außer acht lassen. Sie hätte weiterhin zur Folge, daß der Richter bei jeder ¹⁰⁹⁾ Regelung im Individualarbeitsrecht gestaltend und korrigierend eingreifen könnte. Eine so weitgehende Befugnis des Richters zur Inhaltskontrolle, die eine "de facto" Aufhebung der privatautonomen Befugnisse der Arbeitsvertragsparteien zur Folge hätte, wäre unberechtigt. Nur im einzelnen Fall und nach vorheriger eingehender Untersuchung kann festgestellt werden, ob die unbestrittene Gestaltung einer Vertragsklausel auf der wirtschaftlichen Ungleichgewichtigkeit von Arbeitgeber und Arbeitnehmer beruht ¹¹⁰⁾. Eine generelle Heranziehung des § 315 BGB

106) Siehe ausführlich unten, S. 100 ff.

107) Siehe unten, S. 100 ff.

108) So Söllner (a.a.O., S. 39/40), der ausnahmsweise von dem Funktionieren der Vertragsfreiheit im Individualarbeitsrecht ausgeht; vgl. die kritische Stellungnahme zu Söllners Meinung bei Böttcher, AuR 1967, S. 321 ff., 324 f.

109) Vgl. auch Lieb-Westhoff, Voraussetzungen und Abgrenzung von richterlicher Inhaltskontrolle und Rechtsfindung, DB 1973, S. 69/70

110) Lieb-Westhoff (DB 1973, S. 70/71, 75) betonen sogar, daß

ist deshalb nicht möglich.

Abgesehen davon spricht gegen die Maßgeblichkeit des § 315 BGB für das Teilnichtigkeitsproblem die Tatsache, daß im Arbeitnehmerschutzrecht als Nichtigkeitsnorm die verschiedenen einzelnen Verbotsgesetze in Betracht kommen. Wenn die Voraussetzungen für ihre Anwendung gegeben sind, wenn sie also als Rechtsgrundlage für die Nichtigkeit des Arbeitsvertragsteils gedient haben, ist kein Platz mehr für eine Anwendung des § 315 BGB. Die Inhaltskontrolle hat schon an Hand der Nichtigkeitsnormen des Arbeitnehmerschutzrechts stattgefunden. § 315 BGB kann nicht konkurrierend neben den ausdrücklichen Verbotsnormen - § 134 BGB - angewandt werden. Er greift vielmehr nur dann Platz, wenn eine Vertragsvereinbarung vorliegt, die zwar unbillig erscheint, deren Unbilligkeit aber nicht zur Anwendung spezieller Nichtigkeitsnormen geführt hat. Die richterliche Billigkeitskontrolle im Rahmen des § 315 BGB liegt diesseits der gesetzlich normierten Rechtswidrigkeit von Vertragsvereinbarungen.

Alles in allem kann gesagt werden, daß sich die analoge Anwendung des § 315 BGB ¹¹¹⁾ nur auf Sonderfälle ¹¹²⁾ beziehen kann, in denen festgestellt werden kann, daß der Inhalt des in Frage kommenden Arbeitsvertragsteils vom Arbeitgeber "diktiert" wurde. In diesem Fall wird dann stets davon ausgegangen, daß keine bereits bestehende spezielle Nichtigkeitsnorm die beanstandete Vertragsklausel für nichtig erklärt hat.

man, wenn man auch von der Vermutung der gestörten Vertragsparität im Individualarbeitsverhältnis ausgeht, trotzdem im einzelnen Fall beweisen muß, daß die beanstandete Klausel gerade auf der gestörten Vertragsparität beruhe.

- 111) Allgemein gegen § 315 BGB vgl. M. Wolf (Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 47 ff., 54, 185); vgl. auch die Bedenken von Blomeyer (in Blomeyer-Buchner, a.a.O., S. 25) gegen § 315 BGB für den Bereich des Rückzahlungsrechts.
- 112) Vgl. z.B. den vom Arbeitsgericht Frankfurt (BB 1972, S. 752 f.) entschiedenen Fall eines "Formulararbeitsvertrages". Vgl. ferner über die sog. Verfallklauseln von betrieblichen Ruhegeldanwartschaften Lieb-Westhoff, DB 1973, S. 69 ff.

II. Gesamtwürdigung

Die dargelegten Meinungen zeigen alle eine gemeinsame Tendenz, dem Arbeitnehmer zu helfen. Dem ist beizupflichten.

Besteht weitgehende Einigkeit in der Zielvorstellung, so ist aber doch fraglich und umstritten, wie man dort hingelangt.

Es ist aufgefallen, daß keine konstruktive Begründung für die ausschließliche Restgültigkeit gegeben wird.

Die Lösung kann nicht in Anlehnung an § 139 BGB erreicht werden, weil die Anwendung des § 139 BGB die Möglichkeit der Totalnichtigkeit immer offen hält. Die verbreitete Meinung, die sich durchweg in einer Verweisung auf den Sinn und Zweck der verletzten Nichtigkeitsnorm erschöpft, hat die Lösung des Problems kaum gefördert; sie vermag nicht in allen Fällen die ausschließliche Restgültigkeit und damit die Durchsetzung des von geltenden Arbeitnehmerschutzgesetzen gewährleisteten Schutzes zu rechtfertigen. Auch das Sozialstaatsprinzip kann den Ausschluß der Anwendung des § 139 BGB dogmatisch überzeugend nicht begründen, weil ihm die normative Kraft dazu fehlt. Schließlich bietet auch § 315 BGB keine generelle Möglichkeit, das Teilnichtigkeitsproblem im Arbeitnehmerschutzrecht zu lösen ¹¹³⁾.

Es soll deshalb versucht werden, eine dogmatisch saubere Abgrenzung und rechtstheoretische Verankerung der hier vertretenen Lösung des Teilnichtigkeitsproblems im Arbeitnehmerschutzrecht zu finden.

113) Vereinzelt werden auch andere Meinungen vertreten, die aber wegen ihres starken zivilrechtlichen Einschlags hier nicht erörtert werden können. Vgl. Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen, S. 174 ff., 232 ff.; Manfred Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 288 ff.; Ligeropoulos, Teilnichtigkeit des Rechtsgeschäfts unter Ausschluß der Gesamtnichtigkeit, Revue Hellenique de Droit International, 1971, S. 1 ff., 9 ff.; s. auch oben, S. 35 Fußn. 70

Vierter Unterabschnitt

Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als Fortbildungsfaktor des § 139 BGB

Das Teilnichtigkeitsproblem wird im folgenden unter einem anderen Gesichtspunkt betrachtet. Es ist zu untersuchen, ob die Regelung des § 139 BGB für die Fälle, in denen ein gesetzliches Verbot ¹⁾ des Arbeitnehmerschutzrechts verletzt worden ist, lückenhaft ist. Im Fall der Bejahung ist die Lücke auszufüllen ²⁾.

§ 9 Feststellung der Lückenhaftigkeit des § 139 BGB angesichts des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips

I. Die Art der Gesetzeslücke in § 139 BGB

Nachdem die Frage nach der Lückenhaftigkeit des § 139 BGB aufgeworfen worden ist, muß zunächst festgestellt werden, welche Art einer Lücke im Rahmen des § 139 BGB in Betracht kommt. Die völlige Klarheit des Gesetzestextes in § 139 BGB schließt die Möglichkeit einer Gesetzeslücke wegen "Schweigens" ¹⁾ des Gesetzes ohne weiteres aus. Ebenso läßt die Ausschließlichkeit der Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen in § 139 BGB keinen Raum für die Annahme einer "Kollisionslücke" ²⁾. In Betracht

-
- 1) Über die Eigenschaft der Schutzgesetze des Arbeitnehmerschutzrechts als Verbotsgesetz vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 24 II 1, S. 142; Bulla, a.a.O., S. 4, Ziff. D 3; Nipperdey, in: RG-Festgabe, Bd. IV, S. 212, 224; s. auch oben, S. 61, Fußn. 5
 - 2) Es wird also im Rahmen des § 139 BGB im Unterschied zu der Auslegung im engeren, sozusagen traditionellen Sinn, Auslegung im weiteren Sinn betrieben. Vgl. auch Larenz (Methodenlehre, S. 341 ff.), der hier charakteristisch von "offener Rechtsfortbildung" spricht.
 - 1) Vgl. darüber Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 58 I 2 a, S. 338; ferner Larenz, Methodenlehre, S. 350/351; Engisch, Einführung, S. 137; Dahm, Deutsches Recht, § 9 I 1, S. 49
 - 2) Vgl. darüber Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 58 I 3, S. 339; Engisch, Einführung, S. 159; Dahm, Deutsches Recht, § 9 I 3, S. 51; Brändl, in Staudinger-Kommentar, Einl. Rdnr. 62; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 65 ff.; Wenzel, Die Problematik der richterlichen Ausfüllung von Gesetzeslücken, JZ 1960, S. 714

kommt einzig die Möglichkeit ³⁾ der "abändernden Rechtsfindung". In diesem Fall liegt eine Gesetzeslücke vor, "wenn eine Norm deshalb unanwendbar ist, weil sie Fälle umfaßt oder Folgen herbeiführt, die der Gesetzgeber vernünftigerweise nicht so geregelt hätte, wenn sie von ihm erkannt oder bedacht worden wären"⁴⁾.

Das BAG hat sich oft zur abändernden Gesetzesauslegung ⁵⁾ geäußert ⁶⁾. Es hat sich nicht nur darauf beschränkt, im konkreten Fall die Anwendung der einschlägigen Bestimmung zu ver-sagen, sondern es hat in Anlehnung an Nipperdey ⁷⁾ allgemeine, für jeden Fall von abändernder Rechtsfindung zu beachtende, Grundsätze herausgebildet. Der zweite Senat des BAG ⁸⁾ hat in seiner Entscheidung vom 27.1.1955 "Vorbedingungen"⁹⁾ als

-
- 3) Weitere Gesetzeslücken, die aber hier nicht einmal in Erwägung gezogen werden können, s. bei Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 58 I 1, S. 337/338; vgl. auch den von Canaris (Die Feststellung von Lücken, S. 129 ff.) gegebenen gesamten Überblick.
 - 4) So Nipperdey, in Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 58 I 4, S. 339; vgl. ferner Larenz, Methodenlehre, S. 358, 369 ff.; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 82 ff., 140/141, 151 ff.; Engisch, Einführung, S. 141; Klug, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. 1, S. 79; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 8 III 5, S. 65; Brändl, in Staudinger-Kommentar, Einl. Rdnr. 70; Wenzel, JZ 1960, S. 715
 - 5) Hier werden die Termini "abändernde Gesetzesauslegung", "abändernde Rechtsfindung" und "abändernde Rechtsfortbildung" als gleichbedeutend verwendet.
 - 6) Für das BAG ist die Aufgabe, das Recht fortzuentwickeln, positivrechtlich verankert. Die Bestimmung des § 45 Abs. 2 Satz 2 ArbGG im Zusammenhang mit Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes - die Rechtsprechung ist an Gesetz und Recht gebunden - geben hierfür die rechtliche Grundlage. Vgl. über die Legitimation des Richters, das Recht fortzubilden, statt vieler, Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 21 ff., 37 ff.; Mayer-Maly, Arbeitsrechtliche Rechtsfortbildung, DB 1970, S. 444; Dietz, Zehn Jahre Arbeitsgerichtsgesetz, RdA 1963, S. 364; Biedenkopf, Betriebsrisikolehre, S. 1, 24
 - 7) Siehe Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 58 I 4, S. 339; § 59, S. 344 ff.
 - 8) BAG, BAGE, Bd. 1, S. 279 = AP Nr. 4 zu § 11 KSchG
 - 9) Vgl. BAG, BAGE, Bd. 1, S. 279 (280); der erste Senat verlangt "ganz besondere Umstände", BAGE, Bd. 5, S. 187 (195); auch der Große Senat spricht von "notwendigen Grenzen", BAGE, Bd. 13, S. 1 (15)

Voraussetzung einer abändernden Rechtsfindung verlangt.

Dadurch wird der Ausnahmecharakter der abändernden Rechtsfindung betont. Die Voraussetzungen sind folgende: 1) Es darf

"das Erfordernis der Rechtssicherheit nicht entscheidend dagegen sprechen"¹⁰⁾. 2) Die fortzubildende Norm darf "kein

neueres Gesetz"¹¹⁾ sein. 3) Die Norm führt "zu nicht mehr zu rechtfertigenden Ergebnissen"¹²⁾. 4) Es müssen "objektive

Grundlagen für die Wandlung von Rechtsanschauung und Recht"¹³⁾ vorhanden sein.

Durch diese Voraussetzungen ist der Einwand von Ramm¹⁴⁾, daß nämlich das BAG mit der Bejahung der abändernden Rechtsfortbildung die Rechtssicherheit gefährde, entschärft. Ein Minimum an Gefährdung der Rechtssicherheit muß in Kauf genommen werden. Die Rechtsunsicherheit wird dadurch begrenzt, daß es nach der Auffassung des BAG nicht in das Belieben des Richters gestellt ist, eine abändernde Rechtsfindung zu betreiben. Der Richter bewegt sich vielmehr in bestimmten im voraus festgesetzten Grenzen praeter legem unter der Voraussetzung, daß das Gesetz nachträglich für eine Zahl von Fällen lückenhaft geworden ist. Das methodisch so abgesicherte Verfahren¹⁵⁾ der

10) Vgl. die grundsätzliche Entscheidung des Großen Senats des BAG zur Zulässigkeit einer abändernden Rechtsfindung, BAGE, Bd. 13, S. 1 (14) = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein-Westfalen; s. die eingehende Stellungnahme zu dieser Entscheidung von Ramm, Auslegung und Gesetzesändernde Rechtsfortbildung, AuR 1962, S. 353 ff.; zum gleichen Erfordernis ist wohl die Formulierung des ersten Senats des BAG (BAGE, Bd. 1 S. 279 (280) nach der "das Interesse der Rechtseinheit und Rechtsgleichheit" hervorgehoben wird, zu rechnen; vgl. aber Frey, (AuR, 1955, S. 262), der dies als eine besondere Voraussetzung betrachtet.

11) So BAG (BAGE, Bd. 1, S. 279 (280))

12) So BAG, a.a.O.

13) So BAG, a.a.O.; für alle diese Voraussetzungen vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 59 S. 344 ff.

14) Ramm, AuR 1962, S. 361; vgl. auch die Bedenken gegen die abändernde Rechtsfindung bei Galperin, Rechtsfortbildung, S. 11/12

15) Ein "methodologisch richtiges Vorgehen" wird allgemein verlangt. Vgl. Habscheid, in Habscheid-Pötter, Beiträge zum Richterrecht, S. 16; ähnlich Larenz, Methodenlehre, S. 342, insbesondere S. 347; vgl. auch das Verlangen von Gamillscheg (in: Festschrift für Schmitz, Bd. 1, S. 80) nach "einer Art von Methodenlehre des Arbeitsrechts"; vgl. ferner Galperin (Rechtsfortbildung, S. 20), der auch "eine sachgerechte juristische Methode" verlangt.

abändernden Rechtsfindung widerspricht der Rechtssicherheit nicht.

Die Zulässigkeit einer abändernden Rechtsfindung wird heute außer vom BAG ¹⁶⁾ - vom überwiegenden Teil des Schrifttums ¹⁷⁾ bejaht ¹⁸⁾ und auch hier im Rahmen der Arbeit vertreten.

II. Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip im Rahmen der abändernden Rechtsfindung

Im folgenden ist im einzelnen zu prüfen; ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer abändernden Rechtsfindung im Rahmen des § 139 BGB gegeben sind, wenn Arbeitnehmerschutzgesetze verletzt worden sind. Diese Voraussetzungen waren mit Nipperdey und BAG ¹⁹⁾:

-
- 16) Vgl. BAG, BAGE, Bd. 1, S. 279 f.; Bd. 2, S. 147 (158); Bd. 5, S. 187 (195); Bd. 13, S. 1 (14 f.); auch der fünfte Senat des BAG hat mit Urteil vom 20.4.1964 die Möglichkeit einer abändernden Rechtsfindung der allgemeinen Vorschriften der §§ 106 ff. BGB bezüglich des Eingehens einer Wettbewerbsabrede durch einen minderjährigen Handelsvertreter erwogen und verworfen. In BAGE, Bd. 15, S. 335 (339) = AP Nr. 1 zu § 90 a HGB; s. weitere Angaben von Entscheidungen des BAG, in denen eine abändernde Rechtsfortbildung unternommen wird bei Welzel, JZ 1960, S. 715 f.
- 17) Außer den oben (in Fußn. 4, S. 96) angeführten Autoren sind zu nennen: Tophoven (Anm. zu BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Auslegung) für den "keine Bedenken bestehen, wenn die engen Grenzen der Restriktion sorgfältig beachtet werden"; Müller, Die Auslegung des normativen Teiles eines Tarifvertrages, DB 1960, S. 121/122. Es sei hier bemerkt, daß nach der h.M. die Auslegung von Tarifnormen mit der Auslegung von Gesetzen gleichgestellt wird. Vgl. darüber für alle Nipperdey, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht II/1, § 18 IV 3, S. 357/358; vgl. ferner für die Zulässigkeit der abändernden Rechtsfindung A. Hueck, Anm. zu BAG, AP Nr. 4 zu § 11 KSchG; Frey, AuR 1955, S. 261 f.; G. und D. Reinicke, Die Auslegungsgrundsätze des BAG, NJW 1955, S. 1966; s. auch bei BAG (BAGE, Bd. 13, S. 1 (14/15) weitere zahlreiche Literaturangaben.
- 18) Über Ramms (AuR 1962, S. 361) abweichende Meinung vgl. Engisch (Einführung, S. 233, Fußn. 112), der Ramms vorwirft, daß er das BAG mißverstanden habe; vgl. darüber auch Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 190, Fußn. 62
- 19) Siehe oben, S. 96 f.

- 1) Beachtung des Gebotes der Rechtssicherheit.
- 2) Die fortzubildende Norm darf kein neueres Gesetz sein.
- 3) Die in Frage kommende Norm führt zu nicht mehr zu rechtfertigenden Ergebnissen.
- 4) Objektive Grundlagen für die Wandlung von Rechtsanschauung und Recht müssen vorhanden sein.

Zu 1): Die Rechtssicherheit ²⁰⁾ wird bei einer abändernden Rechtsfindung im Rahmen des § 139 BGB nicht gefährdet. Im Gegenteil dient die hier vorzunehmende, maßvolle, abändernde Rechtsfindung der Rechtssicherheit selbst. Es muß betont werden, daß hier keine Totalaufhebung ²¹⁾ des § 139 BGB ²²⁾ angestrebt wird. Es geht nur um die Ermittlung der Lückenhaftigkeit des Gesetzes, soweit das Arbeitnehmerschutzrecht in Frage steht. Diese Ermittlung bewegt sich nicht contra legem, sondern weist im Einklang mit dem Gesetz seine Anwendungsgrenze auf.

Zu 2): Auf dieser Voraussetzung, daß nämlich die fortzubildende Norm kein neues Gesetz sein darf, legt das BAG großes Gewicht. Es führt dazu folgendes aus: "Vor allem aber kann eine Fortbildung des Rechtes in diesem abändernden Sinne nicht bei neueren Gesetzen in Betracht kommen" ²³⁾. Hier ist aber diese Voraussetzung erfüllt, weil § 139 BGB, als eine Bestimmung des im Jahre 1896 fertiggestellten und im Jahre 1900 in Kraft getretenen BGB, in der Tat kein neues Gesetz ist.

Zu 3): Die dritte Voraussetzung, daß die Anwendung des § 139 BGB im Arbeitnehmerschutzrecht "zu nicht mehr zu rechtferti-

20) Siehe allgemein über das Gebot der Rechtssicherheit Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, S. 30 ff.; BVerfG, BVerfGE, Bd. 2, S. 403

21) Daher findet hier die Regel "cessante ratione legis cessat lex ipsa" keine Anwendung. Vgl. auch Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 189 ff.; vgl. ferner die in diesem Punkt berechnete Kritik gegen das BAG (BAGE, Bd. 13, S. 15) von Ramm, AuR 1962, S. 360/361; vgl. allgemein über diese Regel mit zahlreichen Hinweisen Engisch, Einführung, Fußn. 82 a, S. 221/222, insbesondere Fußn. 242, S. 275

22) Der Umfang der Einschränkung der Anwendung des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht spielt, rein dogmatisch gesehen, keine Rolle

23) BAG, BAGE, Bd. 1, S. 280

genden Ergebnissen" führt, ist überhaupt der Ausgangspunkt der Arbeit und wurde oben ²⁴⁾ dargelegt.

Zu 4): Eine Wandlung der Rechtsanschauung und des Rechts kann nach dem BAG nur bei Vorliegen objektiver Grundlagen angenommen werden.

Es ist zu prüfen, inwieweit das arbeitsrechtliche Schutzprinzip diese objektive Grundlage bilden kann. Seine rechtliche Qualität ist im folgenden deshalb näher zu untersuchen.

1. Der Schutzgedanke als ein Grundprinzip des Arbeitnehmerschutzrechts

Es ist unbestritten und wird von seinem geschichtlichen Werdegang bestätigt, daß das Arbeitsrecht seine Entstehung in erster Linie der Schutzbedürftigkeit ²⁵⁾ des in unselbständiger Stellung beschäftigten, wirtschaftlich schwächeren Arbeitnehmers zu verdanken ²⁶⁾ hat. Um der Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers Rechnung zu tragen, hat der Staat Schutzvorschriften erlassen, mit deren Hilfe die Beseitigung der Mißstände oder mindestens ihre Einschränkung erreicht werden soll ²⁷⁾.

Die so entstandenen gesetzlichen Vorschriften bezwecken in einseitiger Weise den Schutz des Arbeitnehmers und setzen der Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien zugunsten des Arbeitnehmers Schranken, indem sie die Gestaltung des Vertragsinhalts unabhängig von dem Parteiwillen beeinflussen. Man denke nur an die AZO, das MuSchG, das SchwBeschG, das JArbSchG usw.; diese und weitere zeitlich unterschiedlich entstandenen Gesetze bilden heute das Arbeitnehmerschutzrecht.

²⁴⁾ Siehe oben, S. 3 f., 67 ff.

²⁵⁾ Vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 7 I, S. 25 ff., § 79 I, S. 803; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 2 II 1, S. 15/16, § 5, S. 30 ff.; Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 1 I, S. 1, § 2 B, S. 7/8; Söllner, Arbeitsrecht, § 1 II 1, S. 13/14, § 25 I 1, S. 175

²⁶⁾ "Überblickt man das Arbeitsrecht im ganzen, so findet man, daß es im wesentlichen im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers geschaffen und gestaltet worden ist". So Nikisch, Arbeitsrecht I, § 1 III 6, S. 12

²⁷⁾ Abgesehen von der Selbsthilfe durch kollektive Maßnahmen, die hier außer Betracht bleiben kann.

Der Schutzgedanke hat aber über seine Bedeutung für die sachgerechte Erfassung der geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsrechts hinaus eine allgemeine und aktuelle Bedeutung für das Arbeitsrecht. Es wird als ein das gesamte Arbeitsrecht beherrschender Grundsatz angesehen. Er ist einer seiner Grundgedanken.

Damit ist aber über die konkrete rechtliche Bedeutung des Schutzgedankens nunmehr als Rechtsprinzip - arbeitsrechtliches Schutzprinzip - im Arbeitnehmerschutzrecht noch nichts gesagt.

2. Abgrenzung zwischen dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip und dem Fürsorgegedanken

Bevor die rechtliche Bedeutung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips im allgemeinen und sein Einfluß auf die Lösung des Teilnichtigkeitsproblems im besonderen näher untersucht wird, ist es notwendig, einige Ausführungen zu dem Verhältnis der Fürsorgepflicht²⁸⁾ des Arbeitgebers zum arbeitsrechtlichen Schutzprinzip zu machen. Die Existenz eines selbständigen arbeitsrechtlichen Schutzprinzips wird verschiedentlich in Zweifel gezogen und es wird behauptet, daß sich der Begriff des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips mit dem des Fürsorgegedankens decke oder mit diesem beliebig ausgetauscht werden könne²⁹⁾. Dieser Auffassung kommt zu Hilfe, daß der Fürsorgegedanke teilweise vom arbeitsrechtlichen Schutzprinzip abgeleitet wird³⁰⁾. Dadurch werden die beiden Begriffe in unmittel-

28) Terminologische Bedenken gegen die Bezeichnung "Fürsorgepflicht" bzw. "Fürsorgegedanke" vgl. bei Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 58; Schwerdtner, Fürsorgetheorie, S. 88 ff.

29) So Wolf, Das Arbeitsverhältnis, S. 32

30) Vgl. Dersch, Entwicklungslinien der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Arbeitsverhältnis, RdA 1949, S. 326/327; Bulla (Das sozialrechtliche Schutzprinzip als der Grundgedanke des Arbeitsrechts, MittArbGVerb Nr. 15 (1957), S. 2/3, Ziff. B) führt aus, daß "das sozialrechtliche Schutzprinzip ... als der einzige fundamentale Grundsatz des Arbeitsrechts anzusehen ist", und daß "die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ... nur eine Teilwirkung des Schutzprinzips zu sein" scheint.

bare Berührung zueinander gebracht. Dersch ³¹⁾, der Bedenken gegen eine allzu umfangreiche Ausweitung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hat, will mit Hilfe des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips rechtliche Fragen lösen, die normalerweise zum Anwendungsbereich des Fürsorgegedankens gehören. Er begründet seine Auffassung mit dem Hinweis, daß es etwas hergeholt erscheine, bei allen möglichen Fragen die Fürsorgepflicht als rechtliches Fundament heranzuziehen ³²⁾. Dersch meint im übrigen, daß durch "die extensive Auslegung der Fürsorgepflicht ein gewisser Kulminationspunkt erreicht oder sogar überschritten sein könnte" ³³⁾. Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip bietet die Alternative, durch die die Gefahr einer "Verwässerung" ³⁴⁾ des Fürsorgegedankens vermieden werde.

Entgegen der oben geschilderten Ansicht besteht keine "Synonymität" zwischen dem Fürsorgegedanken und dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip. Das wird umso deutlicher, wenn man den Fürsorgegedanken nicht vom arbeitsrechtlichen Schutzprinzip ableitet, sondern seine positivrechtliche Grundlage im § 242 BGB sucht ³⁵⁾. Der Fürsorgegedanke ist nach den Worten von G. Hueck die "spezifisch arbeitsrechtlich ausgeprägte" ³⁶⁾ Form des Grundsatzes von Treu und Glauben. Diese Auffassung vermeidet einerseits die Zurückdrängung ³⁷⁾ des "ehrwürdigen

31) Siehe Dersch, RdA 1949, S. 325 ff.; derselbe, Neue Entwicklung der Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, in: Festschrift für Herschel, S. 71 ff. Über die kleine Abweichung der Ansichten von Bulla und Dersch s. bei Bulla, a.a.O., S. 3, Ziff. B I, 2

32) Dersch, in: Festschrift für Herschel, S. 74

33) Dersch, a.a.O., S. 73; derselbe auch in Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 30 I 4, S. 189

34) So Dersch, Kommentar zum Urlaubsgesetz, Anm. 49 a; Molitor (Anm. zu BAG, SAE 1962, S. 181) spricht von "der viel strapazierten und vielleicht übermäßig ausgedehnten Fürsorgepflicht des Arbeitgebers"; vgl. ferner A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 3 und Fußn. 6 a, S. 392/393; zeitweilig hat sich auch das BAG gegen eine Strapazierung des Fürsorgegedankens gestäubt. So BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers; AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

35) Vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 1, S. 390/391; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 36 VII 2, S. 497

36) G. Hueck, Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, S. 110

37) Vgl. allgemein gegen die Verdrängung des Fürsorgegedankens

Instituts"³⁸⁾ des Fürsorgegedankens und setzt andererseits seine vertragliche Natur als eine zwingende und einklagbare Hauptverpflichtung des Arbeitgebers nicht in Zweifel. Durch seine jahrzehntelange Anwendung ist der Fürsorgegedanke soweit konkretisiert, daß er für eine angemessene Gestaltung der Verhältnisse zwischen den Arbeitsvertragsparteien von großem Nutzen sein kann.³⁹⁾ Die "Intensität" seiner inhaltlichen Ausgestaltung zugunsten des Arbeitnehmers ist eine Frage, die vom Verständnis des besonderen Wesens des Arbeitsverhältnisses, was man auch immer darunter verstehen mag, abhängt und im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben kann, weil sie hier ohne Bedeutung ist ⁴⁰⁾.

Im Gegensatz zum Fürsorgegedanken fehlt dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip ein vertraglicher Charakter. Der Auffassung von Wiedemann ⁴¹⁾, der das arbeitsrechtliche Schutzprinzip in den Vertrag der Arbeitsvertragsparteien einbeziehen und als "Äquivalent für Verzicht auf Selbständigkeit und der darin liegenden Gewinnchancen"⁴²⁾ versteht, kann nicht gefolgt werden.

durch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 1, FuBn. 6, S. 391/392; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 36 VII 1, S. 497

- 38) Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 57; es ist auch charakteristisch, daß Schwerdner (Fürsorgetheorie, S. 88, 91), obwohl für ihn "die Begriffe der Treue- und Fürsorgetheorie ohnehin fragwürdig geworden sind", trotzdem "eine Abwertung der Fürsorgepflicht" nicht will; vgl. ferner auch Dersch (RdA 1958, S. 445 unter 6 a), der in anderem Zusammenhang von der "motorischen Kraft" des Fürsorgegedankens spricht und seine "lebhafteste Dynamik" preist.
- 39) Es kommt auch hinzu, daß die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, obwohl "torschhaft" (so Dersch, RdA 1949, S. 325), immerhin im Gesetz verankert ist. So in §§ 616-618 BGB, §§ 62, 62 HGB, § 120 a und b GewO, §§ 39-52 SeemG
- 40) Wie auch die Frage seiner adäquaten, dogmatisch begründeten Anwendung, d.h. die Unterbindung seiner "Überstrapazierung" durch zu häufige Heranziehung, dahingestellt bleiben kann.
- 41) Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 14 ff., S. 56 f.
- 42) Oder "als Äquivalent für die Verfügbarkeit der Arbeitskraft", s. Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 16, s. auch S. 15

Allgemein ist gegen diese Auffassung einzuwenden, daß der Schutzgedanke nicht in die Zivilrechtsdogmatik paßt ⁴³⁾. Es fehlen auch "besondere Gesetzesbestimmungen", nach denen das arbeitsrechtliche Schutzprinzip "seine Wirksamkeit im Rahmen der einzelnen Arbeitsverhältnisse" ⁴⁴⁾ entfalten könnte.

Der Fürsorgegedanke kann also nicht durch das arbeitsrechtliche Schutzprinzip und das arbeitsrechtliche Schutzprinzip nicht durch den Fürsorgegedanken ersetzt werden ⁴⁵⁾. Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip entfaltet seine Wirkung für die Arbeitsvertragsparteien unabhängig von der Wirksamkeit ihrer Rechtsbeziehungen und verpflichtet jeden Arbeitgeber.

Wenn hier der Fürsorgegedanke als ein "spezialisierter" ⁴⁶⁾ Fall der Anwendung von Treu und Glauben und das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als ein allgemeines Rechtsprinzip ⁴⁷⁾ getrennt werden, soll damit nicht ihre gemeinsame Wurzel im vorrechtlichen Raum verneint werden. Diese Wurzel läßt sich als der Gedanke des Schutzes des Schwächeren bezeichnen. Ein solcher allgemein formulierter Schutzgedanke beinhaltet aber zunächst nur eine sozialetische und sozialpolitische Forderung, die in einer idealistischen Welt steht und sich konkret-rechtlich neutral verhält, d.h. sie gehört dem vorrechtlichen Bereich

43) A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 1, Fußn. 6, S. 391; vgl. gegen Wiedemanns Auffassung von anderem Standpunkt Adomeit, Rechtsquellenfragen, S. 99 und Fußn. 324

44) So G. Hueck (a.a.O., S. 111), der aber wegen des Fehlens von speziellen Gesetzesbestimmungen davon ausgeht, daß sich das arbeitsrechtliche Schutzprinzip im Arbeitsverhältnis über die Fürsorgepflicht auswirkt.

45) Es ist charakteristisch, daß Bulla (a.a.O., S. 3, Fußn. 9 a) dem Fürsorgegedanken wegen "seiner fortdauernden Tendenz zur Weiterentwicklung" neben dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip eine selbständige Bedeutung einräumt; auch ein Hauptanliegen von Dersch war, soweit er das arbeitsrechtliche Schutzprinzip im Anwendungsbereich des Fürsorgegedankens heranziehen wollte, in einzelnen Fällen solidere dogmatische Begründung zu liefern und nicht die Selbständigkeit des Fürsorgegedankens zu gefährden; vgl. Dersch, in: Festschrift für Herschel, S. 73 unten. Daraus folgt, daß auch gemäß dieser Auffassung die Selbständigkeit des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips als eines umfassenden Begriffes wie der des Fürsorgegedankens nicht in Frage gestellt werden darf. Vgl. auch die Angaben in Fußn. 31.

46) G. Hueck, a.a.O., S. 110

47) Siehe darüber unten, S. 105 ff., 108 ff.

an. Der Fürsorgegedanke und das arbeitsrechtliche Schutzprinzip berühren sich also in der Intention des Arbeitnehmerschutzes, scheiden sich aber in ihrer konkreten rechtlichen Erscheinungsform.

3. Die rechtliche Qualität des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips

Die rechtliche Konkretisierung des Schutzgedankens ist vor allem Dersch zu verdanken. Er hat als erster das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als selbständiges, von den einzelnen Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzrechts unabhängiges Rechtsprinzip konstruiert. Er nennt es "sozialrechtliches Schutzprinzip"⁴⁸⁾. Hier wird wegen der Vieldeutigkeit des Begriffes "sozial" der Terminus "arbeitsrechtliches Schutzprinzip"⁴⁹⁾ vorgezogen.

a) Normative Kraft des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips

Im Anschluß an Dersch⁵⁰⁾ wird von einem Teil des Schrifttums⁵¹⁾ dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip zwingende Normen-
kraft im Sinne einer objektiven Rechtsnorm⁵²⁾ beigelegt.

48) Dersch, RdA 1949, S. 325 ff.; derselbe, in: Festschrift für Herschel, S. 73 f.

49) So Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 13 mit Nachweisen in Fußn. 14; vgl. auch Blomeyer, in: Blomeyer-Buchner, Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, S. 17 ff.; es muß aber darauf aufmerksam gemacht werden, daß diese Unterscheidung eine terminologische ist, welcher keinerlei materielle Bedeutung zukommt.

50) Dersch, RdA 1949, S. 326; derselbe, in: Festschrift für Herschel, S. 74; ebenso in Kaskel-Dersch, Arbeitsrecht, § 1 I 2, S. 1, § 5 II, S. 19, § 30 I 4, S. 189.

51) Siehe Bulla, a.a.O., S. 1 ff.; Farthmann, Zur Anfechtbarkeit, RdA 1958, S. 341; derselbe noch deutlicher, Der "personenrechtliche Charakter" des Arbeitsverhältnisses, RdA 1960, S. 8/9; vgl. ferner denselben, JuS 1964, S. 145/146.

52) Vgl. auch andere Termini "Pflichtenbegründende Rechtsnorm", "aktuelle Rechtsnorm", "Rechtsquelle", "geltender Rechtsatz", "unmittelbar geltende Rechtsnorm" usw. So Bulla (a.a.O., S. 1 ff.) und Dersch, a.a.O., RdA 1949, S. 326 f.

Dadurch wird es für das Arbeitnehmerschutzrecht zur generellen Rechtsnorm erhoben. Eine konkrete gesetzliche Grundlage der normativen Kraft läßt sich nirgendwo finden. Es sei aber nach Dersch⁵³⁾ soziologisch dem Arbeitsrecht immanent⁵⁴⁾:

Bulla⁵⁵⁾ bestimmt den rechtlichen Gehalt des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips näher. Er meint, daß ihm selbst als Generalprinzip der Arbeitsrechtsordnung der Charakter einer objektiven Rechtsnorm vom Gehalt einer Generalklausel mit entsprechender rechtsgestaltender Kraft zukomme.

Durch diese Auffassung wird der rechtlichen "Verwirklichung"⁵⁶⁾ des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips ein großer Spielraum eröffnet. Man kann mit Hilfe der normativen Kraft auf einfachem Weg dogmatisch sauber und unter Vermeidung einer Reihe von konstruktiven Schwierigkeiten von für das Individualarbeitsrecht unangenehmen Bestimmungen loskommen. So will Farthmann⁵⁷⁾ unter Berufung auf die normative Kraft des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips - nach ihm ist es "als unmittelbar geltende Rechtsnorm anzuwenden" - von der Anwendung des § 142 Abs. 1 BGB bei der Anfechtung des Arbeitsvertrages abweichen⁵⁸⁾.

Trotz dieser Vorteile bestehen aber grundsätzliche Bedenken gegen diese Meinung. Sie gewährt dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip einen so breiten Wirkungsbereich, daß sich eine untragbare Rechtsunsicherheit ergibt und die Interessen des Arbeitgebers in starkem Maß gefährdet werden. Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip hätte die Rolle des obersten "Korrektivs" im Individualarbeitsrecht sowohl positiv, d.h. rechtsgestaltend, wie auch negativ, d.h. rechtsvernichtend. Dem Richter wäre es möglich, unter Berufung auf das arbeitsrechtliche

53) Dersch statt viele Stellen vgl. in: Festschrift für Herschel, S. 74; vgl. ferner Bulla, a.a.O., S. 3, Ziff. B II

54) Farthmann (RdA 1958, S. 341) spricht von einem "ungeschriebenen Rechtssatz".

55) Bulla, a.a.O., S. 3, Ziff. B II 1

56) Bulla, a.a.O., S. 3, Ziff. B III

57) Farthmann, JuS 1964, S. 145

58) Siehe auch oben, S. 50

Schutzprinzip beliebig die Anwendung von arbeitsrechtlichen Gesetzen zu versagen oder, wie mit einer konkreten positiven Norm, den Inhalt des Arbeitsverhältnisses unmittelbar zu beeinflussen. Diese "Zauberformel" würde als "lex specialis" trotz ihrer Allgemeinheit immer Platz greifen können. Seine rechtlichen Grenzen würden kaum überschaubar sein, wenn man von dem Gesichtspunkt der tatbestandlichen Präzisierung ausgeht⁵⁹⁾. Der enge und konkrete Tatbestand des einzelnen arbeitsrechtlichen Gesetzes hätte keine Behauptungschance gegenüber dem tatbestandsmäßig unbegrenzten Umfang eines arbeitsrechtlichen Schutzprinzips mit normativer Kraft.

Die hier geschilderten Gefahren, die aus einer Betonung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips im Sinne eines Superprinzips erwachsen, machen deutlich, warum sich diese Meinung zur rechtlichen Qualität des Schutzprinzips nicht durchsetzen konnte. Sie verdient nicht nur in Bezug auf die praktischen Ergebnisse, sondern auch hinsichtlich der theoretischen Begründung keine Zustimmung. Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip vermag selbst nicht eine dogmatische Begründung seiner Normativität zu geben. Es könnte im konkreten Fall selbstverständlich durch die Rechtsprechung positiviert werden, d.h. normative Kraft durch einen sog. "intentionalen Rechtsschöpfungsakt"⁶⁰⁾ bekommen⁶¹⁾. Nirgends im Individualarbeitsrecht läßt sich aber bei Entscheidungen der Rechtsprechung bezüglich der Teilnichtigkeitfrage ein "Präjudiz"⁶²⁾ feststellen, das das arbeitsrechtliche Schutzprinzip soweit konkretisiert hat, daß es unmittelbar positiv auf die Bestimmung des § 139 BGB einwirken könnte.

59) Vgl. auch Brecher (Anm. zu BAG, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Gratifikation), der dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip als einem allgemeinen Rechtsprinzip Mangel an "justiziabler Konkretheit und dogmatischer Ausformung" vorwirft.

60) Vgl. grundlegend Esser, Grundsatz und Norm, S. 49 ff., 95 ff., 132 ff., 137, 267 ff.; vgl. auch Larenz, Methodenlehre, S. 138/139, 460

61) Vgl. z.B. Blomeyer (in Buchner-Blomeyer, Rückzahlungsklauseln, S. 17 ff., 20/21), der die Meinung vertritt, daß das arbeitsrechtliche Schutzprinzip durch die rechtsbildenden Entscheidungen des BAG (s. AP Nr. 1-70 zu § 611 BGB Gratifikation) für den Bereich des Rückzahlungsrechts normative Kraft erlangt habe.

62) Siehe Esser, a.a.O., S. 267

Es wurde gesehen ⁶³⁾, daß Dersch unter Berufung auf das arbeitsrechtliche Schutzprinzip die Lösung des Teilnichtigkeitsproblems durch eine Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB befürwortet. Es wurde bereits ⁶⁴⁾ eingehend dargelegt, daß diese Ansicht keine Gewähr für ein billiges Ergebnis bietet. Hier kommt noch hinzu, daß sie dogmatisch nicht überzeugen kann. Die normative Kraft des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips wird deshalb abgelehnt.

b) Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als Auslegungsprinzip

Es fragt sich nun, ob das arbeitsrechtliche Schutzprinzip, nachdem es als Rechtsnorm nicht in Betracht kommt, jedenfalls als Auslegungsgrundsatz nutzbar gemacht werden kann. Das überwiegende arbeitsrechtliche Schrifttum ⁶⁵⁾ versteht das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als ein allgemeines Rechtsprinzip und folgert daraus, daß es als Auslegungsmaxime ⁶⁶⁾ für arbeitsrechtliche Normen in Betracht kommt. Ernst Wolf ⁶⁷⁾ verneint dagegen jede rechtliche Relevanz des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips. Auch dessen Eigenschaft als ein allgemeines Rechtsprinzip wird von ihm nicht anerkannt. Er meint: "Daß es arbeitsrechtliche Regelungen bestimmten Inhalts gibt, die aus dem Motiv erlassen worden sind, Arbeitnehmer zu schützen, ist im übrigen kein möglicher Grund, dieses Motiv zu einem Rechtsprinzip zu erheben" ⁶⁸⁾. Mit dieser Auffassung übersieht Ernst Wolf grundlegende Regeln der rechtsmethodologischen "Erkenntnis der Rechtsprinzipien" ⁶⁹⁾.

63) Siehe oben, S. 75/76

64) Siehe oben, S. 73 ff.

65) Vgl. statt vieler Blomeyer, a.a.O., S. 17 ff.; Brecher, Anm. zu BAG, AP Nr. 27 zu § 611 BGB Gratifikation; Thiele, RdA 1970, S. 256, Ziff. II 1; Canaris, Systemdenken, S. 53; Schiek, a.a.O., S. 85

66) Vgl. für alle Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 34

67) Ernst Wolf, Das Arbeitsverhältnis, S. 30, 32

68) Ernst Wolf, a.a.O., S. 30

69) Vgl. darüber eingehend Larenz, Methodenlehre, S. 460 ff.; vgl. auch Canaris (Die Feststellung von Lücken, S. 97 ff.) über die "Gewinnung von Rechtsprinzipien".

Man wird den "leitenden Gedanken einer Regelung"⁷⁰⁾ nicht gerecht, wenn sie mit dem Wort "Motiv" abgetan werden. Entgegen der Auffassung von Ernst Wolf wird mit der h.M.⁷¹⁾ der Standpunkt vertreten, daß das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als ein allgemeines Rechtsprinzip aus den Verbotsgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts "im Wege der teleologischen Auslegung dieser Normen und einer Gesamtanalogie"⁷²⁾ abgeleitet werden kann. Bei diesen Schutzgesetzen handelt es sich um eine homogene Gruppe von Gesetzen, deren gemeinsamer Nenner der ihnen innewohnende Schutzgedanke ist. Sie stellen Ausprägungen des Schutzgedankens dar. Dieser hat als leitender Gedanke der Schutzgesetze die Eigenschaft eines Rechtsprinzips. Hier muß betont werden, daß sich die Entwicklung des Schutzgedankens zum Rechtsprinzip erst sehr spät vollzogen hat. -Es liegt auf der Hand, daß die vereinzelt Schutzgesetze, die z.B. anfangs in der GewO enthalten waren, dem Schutzgedanken keine selbständige rechtliche Relevanz verleihen konnten. Erst die Vermehrung der Schutzgesetze und die Entwicklung des Arbeitsrechts seit dem Ende des Ersten Weltkrieges⁷³⁾ zu einer selbständigen Rechtsdisziplin hat diesem, in den Schutzgesetzen enthaltenen gemeinsamen Grundgedanken, den Charakter eines allgemeinen Rechtsprinzips verliehen in dem Sinn, daß das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als ein rechtsethisches⁷⁴⁾ Rechtsprinzip "gefunden"⁷⁵⁾ worden ist. Das arbeitsrechtliche Rechtsprinzip hat sich also erst nach dem Erlaß des BGB herausgebildet. Diese induktive⁷⁶⁾ Methode der Herleitung des arbeitsrechtli-

70) Larenz, Methodenlehre, S. 460

71) Vgl. die Angaben oben in Fußn. 65

72) Larenz, a.a.O., S. 460

73) Vgl. für alle A. Hueck, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Einl. I 1, S. 13; s. auch unten S. 113 ff., 119 f.

74) Vgl. allg. über rechtsethische Prinzipien Larenz, Methodenlehre, S. 315 ff., 394; Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 37/38, 57/58, 93 ff., 160 ff.

75) Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 1965, S. 7

76) Vgl. die Erläuterungen über das Verhältnis zwischen "Analogie" und "Induktion" in diesem Zusammenhang bei Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 97 ff.

chen Schutzprinzips aus den einzelnen Schutzgesetzen ähnelt rechtsmethodologisch der Auffassung von Dersch⁷⁷⁾, der sagt, das arbeitsrechtliche Schutzprinzip sei dem Arbeitsrecht immanent⁽⁸⁾. Die hier verfolgte Methode ist aber präziser, weil sie die gegenseitige Wechselwirkung von Schutzgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts und des Schutzprinzips unmittelbar offenlegt, was für die Lösung des hier anstehenden Problems wichtig ist.

Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip ist in seiner Eigenschaft als allgemeines Rechtsprinzip ein Auslegungsgrundsatz, der als ein objektiv teleologisches Kriterium⁷⁹⁾ für die Fortbildung des Rechts herangezogen werden kann. Dadurch wird dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip ein großer Wirkungsraum eröffnet. Larenz meint in diesem Sinn, daß die Bedeutung der allgemeinen rechtsethischen Prinzipien für die Rechtsfortbildung unleugbar⁸⁰⁾ sehr groß sei. Selbst A. Hueck⁸¹⁾, der die Auffassung von Dersch entschieden ablehnt, hebt besonders hervor, daß das arbeitsrechtliche Schutzprinzip "für die unmittelbare Anwendung des positiven Rechts von großer Bedeutung"⁸²⁾ sei. Auch Wiedemann betont die außerordentliche Bedeutung des Schutzprinzips für die Rechtsfindung im Arbeitnehmerschutzrecht. Er betrachtet es als generalklauselartiges Leitbild und will es "zunächst und vornehmlich bei der Gesetzesauslegung"⁸³⁾ verwenden.

77) Siehe oben, S. 106

78) Vgl. auch Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 96, 97 ff.

79) Siehe darüber Larenz, Methodenlehre, S. 315 ff., 335, 342

80) Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung, NJW 1965, S. 7; derselbe, Methodenlehre, S. 320

81) A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 1, FuBn. 6, S. 391

82) A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 48 I 1, FuBn. 6, S. 391, § 7 I, S. 27

83) Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 48

Abschließend ist festzuhalten, daß das arbeitsrechtliche Schutzprinzip als allgemeines Rechtsprinzip einen Auslegungsgrundsatz darstellt, der für die Rechtsfortbildung⁸⁴⁾ von arbeitsrechtlichen Normen maßgebend ist. Insoweit kann er auch zur Lückenfeststellung⁸⁵⁾ bei Gesetzen herangezogen werden, die im Zusammenhang mit Arbeitnehmerschutzgesetzen stehen. Es liegt nahe, daß man bei der Lösung von rechtlichen Fragen im Arbeitnehmerschutzrecht, die die Schutzgesetze unmittelbar betreffen, auf das ihm eigentümliche arbeitsrechtliche Schutzprinzip zurückgreift. Damit ist die oben⁸⁶⁾ gestellte Frage nach der vierten Voraussetzung der Zulässigkeit einer abändernden Rechtsfindung beantwortet. Diese Voraussetzung war das Vorhandensein einer objektiven Grundlage für die Wandlung von Rechtsanschauung und Recht. Das arbeitsrechtliche Schutzprinzip ist eine solche Grundlage.

III. Gegenüberstellung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips und des dem § 139 BGB innewohnenden Sinns und Zwecks

Nachdem der rechtliche Gehalt des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips für die abändernde Rechtsfindung geklärt ist, soll im folgenden das weitere ins einzelne gehende Verfahren

-
- 84) Damit ist die "offene" Rechtsfortbildung gemeint. Vgl. über "Interpretation und wissenschaftliche Rechtsfortbildung ... als zwei Stufen eines gedanklichen Verfahrens" bei Larenz, Methodenlehre, S. 342 ff.; s. auch oben, S. 95, Fußn. 2
- 85) Allgemeine Rechtsprinzipien können nach einseitiger Auffassung für die Ermittlung der Lückenhaftigkeit eines Gesetzes herangezogen werden; vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 37/38, 57/58, 93 ff., 160 ff.; Larenz, Methodenlehre, S. 369, 372 f., 400, 465/466, 471; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 32 II, Fußn. 9, S. 206/207, § 58 III, S. 342, § 59, S. 345
- 86) Siehe oben, S. 100

zur Feststellung der Lückenhaftigkeit des § 139 BGB verfolgt werden. Dies geschieht, indem das Schutzprinzip dem Sinn und Zweck des § 139 BGB gegenübergestellt wird. Dazu ist zuerst erforderlich, die ratio ⁸⁷⁾ des § 139 BGB zu bestimmen.

1. § 139 BGB als "Ausfluß der Privatautonomie"

Der Gesetzgeber hat in § 139 BGB die Rechtsfolgen für den Fall, daß das Rechtsgeschäft teilnichtig ist, eindeutig und klar dahin bestimmt, daß das gesamte Rechtsgeschäft nichtig wird, es sei denn, daß die Vertragsparteien es auch ohne den gültigen Teil geschlossen hätten. Nun gilt es, nach den Ursachen, die zu dieser Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen geführt haben, zu fragen. Die Antwort auf diese Frage ist von großer Wichtigkeit, weil dann, wenn sich der Grund feststellen läßt, gleichzeitig mittelbar die Grenzen für die Anwendung des § 139 BGB gezogen werden können und so seine eventuell für eine Sachverhaltsgruppe bestehende Lückenhaftigkeit ermittelt werden kann. Dabei sind die Feststellungen, die oben ⁸⁸⁾ bei der Erforschung der Entstehungsgeschichte an Hand der Gesetzesmaterialien zum BGB gemacht wurden, relevant und es soll, um Wiederholungen zu vermeiden, darauf verwiesen werden. Es wurde oben gezeigt, daß der Grund für den in § 139 BGB niedergelegten Grundsatz der Totalnichtigkeit in dem Bestreben des Gesetz-

87) In Bezug auf die hier verfolgte Auslegungsmethode sei bemerkt, daß Ausgangspunkt der nachstehenden Untersuchung die subjektive Auslegungstheorie, die nach dem Willen des Gesetzgebers fragt, ist. Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP, Bd. 112, S. 8 ff., 59 ff.; von der subjektiven Auslegungstheorie ausgehend, Engisch, Einführung, S. 88 ff., Fußn. 106 b, S. 231/232; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 54 II, S. 325 mit zahlreichen Angaben anderer Vertreter der subjektiven Auslegungstheorie. Vgl. auch das BAG, BAGE, Bd. 6, S. 149 (153); über die Einschränkung der sog. "Andeutungstheorie" vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 54 II, S. 325; Engisch, Einführung, S. 82/83, Fußn. 106 b, S. 231 und in Fußn. 115 mit weiteren Hinweisen. Die Verwendung einer anderen Auslegungstheorie wird an dem jeweiligen Ort angegeben, s. unten, S. 121 ff.

88) Siehe oben, S. 28 f.

gebers zu finden ist, die Herrschaft des Parteiwillens zur Geltung zu bringen.

Es ist also festzuhalten, daß das "tabula rasa"⁸⁹⁾-Prinzip des Gesetzgebers in § 139 BGB dem Parteiwillen durch negative Ausgestaltung zur Herrschaft verhelfen will ⁹⁰⁾.

2. Das BGB im Hinblick auf arbeitsrechtliche Probleme

Rechtsprechung und Rechtslehre haben im Zusammenhang mit dem das Arbeitnehmerschutzrecht weitgehend bestimmenden arbeitsrechtlichen Schutzprinzip bald erkannt, daß die Entscheidung Teil- oder Totalnichtigkeit, wie sie im § 139 BGB geregelt ist, für das Arbeitnehmerschutzrecht unzweckmäßig ist. Der Umstand, daß die Totalnichtigkeit des Arbeitsvertrages den schutzwürdigen Interessen des Arbeitnehmers zuwider läuft, ist im übrigen, wie bereits ⁹¹⁾ dargelegt, in den Materialien zum BGB mit keinem Wort berücksichtigt.

Diese Erkenntnis ist als Ausgangspunkt des Verfahrens zur Feststellung einer Gesetzeslücke im Rahmen des § 139 BGB von Bedeutung. Gegen eine Lückenhaftigkeit des § 139 BGB könnte aber folgendes angeführt werden: Das BGB ist ein sorgsam durchdachtes Gesetz ⁹²⁾, seine endgültige Fassung das Produkt langjähriger vorbereitender Arbeit ⁹³⁾. Daher wäre es durchaus denkbar, daß der Gesetzgeber bei § 139 BGB die hier behandelte Sachverhaltsgruppe berücksichtigt hat, den Konflikt aber zugunsten der Privatautonomie der Parteien lösen und die da-

89) So Lange, Allg. Teil des BGB, § 49, S. 313

90) Vgl. auch Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 17/18; vgl. auch Sandrock (AcP, Bd. 159, S. 491) der den § 139 BGB als "Ausfluß der Privatautonomie" bezeichnet; s. darüber ausführlich oben, S. 25 ff., 28 f.

91) Siehe oben, S. 25 ff., 28 f., 112/113

92) Enneccerus-Nipperdey (Allg. Teil I, § 12 II, S. 46) berichten, daß mit "mehr als 600 Schriften" zu dem ersten Entwurf des BGB Stellung genommen wurde; vgl. auch Zitelmann, Zur Begrüßung des neuen Gesetzbuches, DJZ 1900, S. 2 ff.

93) Das BGB hatte "eine Inkubationszeit von fast 25 Jahren". So Herschel, in: Festschrift für Molitor, S. 167

durch entstandenen unbilligen Folgen für die Interessen des Arbeitnehmers in Kauf nehmen wollte. Das Ergebnis für den Arbeitnehmer würde also lauten: "Dura lex, sed lex".

Zur Beantwortung dieser Frage muß man zunächst untersuchen, von welchen Wertungen der Gesetzgeber des BGB ausgegangen ist, und diese im weiteren Verlauf der Darstellung dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip gegenüberstellen.

Das Arbeitsrecht war für den Gesetzgeber des BGB unbekannt ⁹⁴⁾. Dies erklärt sich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die geistigen Grundlagen des BGB in den ideologischen und wirtschaftlichen Strömungen des 19. Jahrhunderts liegen, die liberalistisch, ⁹⁵⁾ individualistisch ⁹⁶⁾ und materialistisch ⁹⁷⁾ waren. Die Vorstellung war, daß durch das freie Spiel der Kräfte ⁹⁸⁾, durch den unbehelligten und von jeder äußeren Einmischung unabhängigen Antagonismus zweier gleichstarker Parteien - nämlich das "berühmte und berüchtigte" ⁹⁹⁾ Prinzip des "laissez faire laissez passer" "le monde va de lui même" - höchste Harmonie und Glückseligkeit erreicht werden könnten. Seine konsequente Anwendung fand dieses durch und durch liberale Denken im BGB. Das Prinzip der Vertragsfreiheit ¹⁰⁰⁾ als Grundlage des Schuldrechts macht das deutlich. Es besagt,

94) Vgl. Gamillscheg (45 DJT, Bd. II, G. 10), nach dem das BGB dem Arbeitsrecht keine Heimstätte geboten habe. So auch Siger, Der gewerbliche Arbeitsvertrag, S. 1 ff.; ebenso Radbruch (Mensch im Recht, S. 16/17), der auch darauf hinweist, daß das Begriffspaar Arbeitnehmer-Arbeitgeber unbekannt sei; Fabricius (Leistungsstörungen, S. 4) klassifiziert dies als "zu den Geburtsschwächen des BGB" gehörend. Vgl. ferner Isele, JJ, Bd. 8, S. 63

95) Vgl. Simitis, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 67; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 25 I, S. 145; Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, S. 1/2

96) Reinhardt, Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 115/116

97) Boehmer, Einführung I, § 13 I 1, S. 83/84; Danckelmann, in Palandt, Einl. Bem. II 3, vor § 1 BGB

98) Vgl. statt vieler A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 3 II, S. 8; Isele, Ein halbes Jahrhundert Deutsches BGB, AcP, Bd. 150, S. 1 ff.

99) Boehmer, Einführung I, § 9 II, S. 60

100) Der Grundsatz der Vertragsfreiheit kommt im BGB nur mittelbar in § 305 BGB zum Ausdruck. S. aber unten, Fußn. 136, S. 120

Es besagt, daß jedem einzelnen Rechtsgenossen, d.h. sowohl dem Arbeitgeber wie auch dem Arbeitnehmer, die Befugnis eingeräumt wird, frei zu entscheiden, ob, mit wem und zu welchen Bedingungen er seine Rechtsbeziehungen regeln will ¹⁰¹⁾. Es setzt, um gerecht für beide Vertragsparteien funktionieren zu können, zwei wirtschaftlich gleich starke Personen voraus. Gerade dieser Ausgangspunkt entsprach nicht der Wirklichkeit, soweit es sich um das wirtschaftliche Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer handelte. Die unter diesen Umständen geltende Vertragsfreiheit war in der Tat - wie Wiedemann ¹⁰²⁾ treffend sagt - eine "papierene". Die uneingeschränkte Anwendung dieses Prinzips auf das Individualarbeitsrecht hatte statt dem wünschenswerten Abbau der faktisch vorhandenen wirtschaftlichen Unterschiede zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer deren Vertiefung zur Folge ¹⁰³⁾. Der Arbeitgeber war kraft seines wirtschaftlichen Übergewichts imstande, jederzeit seine Bedingungen dem wirtschaftlich schwachen Arbeitnehmer zu diktieren ¹⁰⁴⁾.

Daher nimmt es nicht wunder, daß der Entwurf zum BGB auf heftige Kritik gestoßen ist. Otto v. Gierke ¹⁰⁵⁾ und Anton Menger ¹⁰⁶⁾ haben sich aus sozialen Erwägungen gegen den Entwurf zum BGB gewandt. Die immer noch lebendigen Ausführungen von Otto v. Gierke gegen eine schrankenlose Vertragsfreiheit verdienen hier wörtlich zitiert zu werden. Er schreibt: "Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst. Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Werkzeug in der Hand des Schwachen, wird sie zum Mittel der Unterdrückung des Einen durch den Anderen ... Ein Schuldrecht, das

101) Siehe über den Inhalt und die verschiedenen Aspekte der Vertragsfreiheit statt vieler Esser, Schuldrecht I, § 11, S. 81 ff.; Larenz, Schuldrecht I, § 4, S. 35 ff.

102) Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 11

103) Vgl. Schnorr v. Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 16/17

104) Vgl. die Ausführungen von Radbruch, Der Mensch im Recht, S. 16, 17, 31, insbesondere S. 33 und 37

105) In verschiedenen Schriften vgl. Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht; Die soziale Aufgabe des Privatrechts.

106) Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, S. 162 ff.

keine höheren Gesichtspunkte als Verkehrsfreiheit ... kennt, gibt ... den Arbeiter dem Kapitalisten wehrlos in die Hand"¹⁰⁷⁾. Weiterhin bemängelte Otto v. Gierke, daß durchweg das Recht der Schuldverhältnisse so geordnet sei, als stünden sich dabei nur selbstherrliche Individuen gegenüber ... Von einem Schutz der Schwachen gegen wirtschaftliche Übermacht sei weniger als in irgend einem anderen Gesetzbuch zu spüren ¹⁰⁸⁾. Anton Menger hat in seiner "epochemachenden Schrift"¹⁰⁹⁾ über das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen außer Kritik darüberhinaus eine Alternative mit einem Katalog von Vorschriften für die Neufassung und Ergänzung des Dienstvertrages angeboten ¹¹⁰⁾.

Diese konstruktive Kritik hat leider nicht die Beachtung ¹¹¹⁾ gefunden, die ihr gebührt hätte. Zur Zeit der Schaffung des BGB war es unmöglich, den "romanistischen Geist" zu durchbrechen. Die besondere Problematik des Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Verhältnisses blieb dem BGB unbekannt. Als Vorbild der Regelung des Dienstvertrages im BGB diente das römisch-rechtliche "locatio conductio operarum"¹¹²⁾, mit der Folge, daß das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer versachlicht wurde. Es wurde als ein echtes Austauschverhältnis verstanden, das zum Gegenstand den Austausch von Lohn gegen Arbeit hat. Die Motive ¹¹³⁾ des BGB betonen deshalb, daß im Hinblick auf die nahe Verwandtschaft beider Verträge, sich der Dienstvertrag an den Mietvertrag anlehne. Der Dienstvertrag findet

107) Otto v. Gierke, Die soziale Aufgabe, S. 22, 23, 24

108) Otto v. Gierke, Der Entwurf, S. 192

109) So würdigt sie Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, § 10, S. 40

110) Anton Menger, a.a.O., S. 168 ff., 191 ff.

111) "Keinen nennenswerten Erfolg" nach Söllner, Arbeitsrecht, § 2 III 5, S. 8; so auch Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis, S. 2; insbes. für das Schicksal der Kritik von Anton Menger; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 457, Fußn. 77; Wiedemann, a.a.O., S. 2

112) Vgl. für alle Mayer-Maly, Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, JZ 1961, S. 205; Radbruch-Zweigert, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 124/125; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 26 I, S. 161/162

113) Motive II, S. 455; vgl. ferner das RG, das mit seinem Urteil vom 7.12.1880 auf "die nahe Verwandtschaft der Dienstmiete mit der Sachmiete" verweist. RGZ Bd. 3, S. 177(181)

also seine Parallele in Miete und Kauf. Die Idee dieser Regelung ist, daß sich der Arbeitnehmer als "homo oeconomicus"¹¹⁴⁾, d.h. als Verkäufer der "Ware Arbeitskraft"¹¹⁵⁾ rechtlich gesichert fühlen und auf dem Arbeitsmarkt besonderen Gewinn erzielen kann, falls er mit dem Gesetz von Nachfrage und Angebot zu disponieren versteht ¹¹⁶⁾! Daß sich diese Vorstellung außerhalb der Realität bewegt, ist offensichtlich.

Die unzureichenden Normen (§§ 616, 617, 618), die dem Schutz des Dienstverpflichteten dienen und die als eine Frucht der unermüdlichen Kritik von Anton Menger und Otto v. Gierke anzusehen sind, sind nur "Tropfen sozialen Öls"¹¹⁷⁾ und können über die Grundzüge des Dienstvertrages als einer Art von Miete menschlicher Kräfte nicht hinwegtäuschen ¹¹⁸⁾. Überzeugend für diese These ist das Argument von Oertmann ¹¹⁹⁾, der ausführt, daß sowohl die dafür unumgänglichen gesetzlichen wie wissenschaftlichen Vorarbeiten als auch das volle Verständnis für die Wichtigkeit des Gebietes und den Umfang der Aufgabe fehlen ¹²⁰⁾.

Wenn nun aber Söllner von "gewollter Unzulänglichkeit des Bürgerlichen Rechts"¹²¹⁾ spricht, ist dies nur bedingt richtig. Um nämlich dem BGB gerecht werden zu können, muß man beachten,

114) Über diesen Idealtyp des Liberalismus s. Boehmer, Einführung I, § 13 I 1, S. 83

115) Vgl. darüber auch die Ausführungen von Nikisch, Arbeitsrecht I, § 2 II 1, S. 16

116) Siehe auch Nikisch, Arbeitsrecht I, § 2 II 1, S. 16; ferner Bobrowski-Gaul, Arbeitsrecht, A II 3

117) So Stranz, Zum ersten Geburtstag des BGB, DJZ 1901, S. 8; Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 470; vgl. ferner Brändl, in Staudinger-Kommentar, Einl. Rdnr. 24, und in Fußn. 9 mit zahlreichen Literaturangaben.

118) Die dürftigen Schutzbestimmungen des Dienstvertragsrechts des BGB zeigen nach Wieacker (Privatrechtsgeschichte, S. 470c) "das beschränkte Maß sozialer Aufgeschlossenheit, das dem Gesetzgeber nach dem Geist seiner Zeit möglich war"; auch nach A. Hueck (in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 26 IV, S. 164) kam mit dem BGB keine grundlegende Änderung.

119) Certmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, § 10, S. 40

120) Das gleiche sagt auch Wieacker (Privatrechtsgeschichte, S. 481), indem er ausführt, daß alles in allem der Gesetzgeber dem Privatrecht ersichtlich nicht eine eigentliche soziale Aufgabe zuerkannt habe.

121) Söllner, Arbeitsrecht, § 2 III 5, S. 18

daß für den Gesetzgeber des BGB die stürmischen politischen, sozialen, wirtschaftlichen und technischen Umwälzungen, die während seiner Vorbereitungszeit begannen¹²²⁾, aber erst nach seinem Erlaß konkrete Gestalt annahmen, unbekannt blieben¹²³⁾. Es entspricht deswegen den Tatsachen, wenn Boehmer¹²⁴⁾ ausführt, das BGB ... sei weit mehr ein Kind des 19. als eine Mutter des 20. Jahrhunderts¹²⁵⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das BGB für das Arbeitsrecht weitgehend unzulänglich ist¹²⁶⁾. Inwieweit sich daran im Jahre 1969 mit dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz etwas geändert hat, kann hier dahingestellt bleiben. Nach wie vor herrscht der Grundsatz der Vertragsautonomie und nach wie vor beansprucht die Regelung des § 139 BGB im Sinne dieses Grundsatzes mit der Folge der Totalnichtigkeit auch für das Arbeitsrecht Anwendung.

3. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit im Individualarbeitsrecht

Es ist deshalb weiter zu klären, inwieweit das Individualarbeitsrecht voll und ganz dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt. Das Individualarbeitsrecht ist von der ungleichen

122) Vgl. Radbruch-Zweigert, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 101

123) Unter diesem Aspekt wird der Vorwurf von Gamillscheg (45 DJT, Bd. II, G 10) gegen das BGB, daß "es die Bedürfnisse der großen Mehrheit des Volkes im Jahre 1900 bereits in anstößiger Einseitigkeit vernachlässigt", als sehr hart empfunden.

124) Boehmer, Einführung I, § 13 I, S. 83

125) Auch nach Zitelmann (DJZ 1900, S. 3) stellt das BGB "einen vorsichtigen Anschluß des historisch Gegebenen, nicht einen kühnen Anfang neuer Zukunft" dar; ebenso nach Radbruch-Zweigert (Einführung, S. 101) ist das BGB "mehr Endprodukt des 19. als Auftakt des 20. Jahrhunderts"; vgl. ferner Wieacker, Privatrechtsgeschichte, S. 470; vgl. auch Wiedemann, der - wenn auch überspitzt - behauptet, "das BGB war und ist"... ein Gesetzbuch für ein "Volk von Krämern".

126) Dafür charakteristisch ist auch, daß der Begriffskomplex Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Arbeitsverhältnis zum ersten Mal im Jahre 1969 mit dem Ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz Eingang in das BGB - vgl. § 624 BGB - gefunden hat.

Machtlage zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geprägt¹²⁷⁾. Dies bedeutet, daß die Vertragsfreiheit tatsächlich eingeschränkt ist. Um dieser Tatsache Rechnung zu tragen, d.h., um die wirtschaftliche Übermacht des Arbeitgebers zu begrenzen und um den Schutz des Arbeitnehmers verwirklichen zu können, mußte der Grundsatz der Vertragsfreiheit große Einbußen erleiden¹²⁸⁾. Ein prägnantes Beispiel dafür, daß ein effektiver Schutz des Arbeitnehmers nur durch Beschränkung der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers erzielt werden kann, ist das Rückzahlungsrecht¹²⁹⁾. Das BAG hat hier durch ein "eindrucksvolles Gebäude des Richterrechts"¹³⁰⁾ eine Reihe von Grundsätzen aufgestellt, die das Gestaltungsrecht des Arbeitgebers bei der Regelung des Verhältnisses zwischen der Höhe von Sonderzuwendungen und der Zeitspanne der Betriebsbindung Grenzen setzen¹³¹⁾. Auch das Arbeitnehmerschutzrecht grenzt die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers zugunsten des Arbeitnehmers ein. Das Arbeitnehmerschutzrecht ist dem Grundsatz der Vertragsfreiheit völlig entzogen¹³²⁾. Hier muß betont werden, daß sich die Entwicklung dieser Einschränkung der Vertragsfreiheit langsam und erst

127) Siehe oben, S.100/101;vgl. ferner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift für DJT, Bd. 1, S. 143

128) Die Einschränkung der Vertragsfreiheit wird allgemein als das Charakteristikum der Entwicklung des modernen Individualarbeitsrechts besonders hervorgehoben. Vgl. für alle Ramm, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, S. 30, Ziff. 1; Siebert, Faktische Vertragsverhältnisse, S. 84/85. - Das Kollektivvertragsrecht kann im Rahmen dieser Arbeit unberücksichtigt bleiben.

129) Siehe darüber Blomeyer, in Blomeyer-Buchner, a.a.O., S. 11ff.

130) Gamillscheg, Zur Gratifikation mit Rückzahlungsvorbehalt, RdA 1968, S. 407

131) Siehe die sog. "Unzumutbarkeitsformel" des BAG, AP Nr. 25, 26, 29 zu Art. 12 GG; s. eingehende Erläuterung dieser Formel bei Blomeyer-Buchner, a.a.O., S. 11 ff., 72 ff; vgl. auch die Grundsatzentscheidungen des BAG, AP Nr. 22, 23 zu § 611 BGB Gratifikation.

132) Siehe oben, S. 100 f.

sehr spät vollzog. Erst seit dem Ende des Ersten Weltkrieges ¹³³⁾ entwickelte sich das Arbeitsrecht im modernen Sinn, d.h. als eine selbständige Rechtsdisziplin neben dem BGB ¹³⁴⁾. Potthoff stellt fest, daß bis zum Krieg das Wort Arbeitsrecht oder Arbeitsvertrag unserer Gesetzessprache fremd gewesen sei ¹³⁵⁾. Es ist festzustellen, daß der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Individualarbeitsrecht teilweise Einschränkungen gefunden hat. Er gilt insbesondere im Arbeitnehmerschutzrecht nicht ¹³⁶⁾.

4. Die Vorrangigkeit des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips

Die vorangegangenen Erörterungen lassen den Schluß zu, daß die Entwicklung des Arbeitnehmerschutzrechts bis heute im Zeitpunkt des Erlasses des BGB nicht vorauszusehen war. Dem Gesetzgeber des BGB war das arbeitsrechtliche Schutzprinzip unbekannt ¹³⁷⁾ und naturgemäß hat er es bei der Normierung der Teilnichtigkeitsfolgen nicht berücksichtigt und nicht

133) A. Hueck (Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, Einl. I 1, S. 13) führt aus, daß "das Arbeitsrecht der Zeit vor 1914 ... von den Ideen des wirtschaftlichen Liberalismus beherrscht wurde".

134) Vgl. den Standpunkt von Söllner, Arbeitsrecht, § 6 I, S. 37; A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 1 I, S. 6

135) Potthoff, Arbeitsrecht, S. 23

136) Abgesehen von dieser Einschränkung gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit für das übrige Individualarbeitsrecht weiterhin. Vgl. auch § 305 GewO, in dem die Geltung des Prinzips der Vertragsfreiheit unmittelbar gesetzlich anerkannt ist. Siehe für alle A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 25 I, S. 145/146. Außerdem wird heute herrschend angenommen, daß das Prinzip der Vertragsfreiheit auch durch die Verfassung in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet ist. Vgl. grundlegend Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Lehmann, Bd. I, S. 162 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 15 5 b, S. 98 und Fußn. 77; Maunz-Dürig-Herzog, Grundgesetz-Kommentar, Art. 2 Abs. 1, Anm. 53-65; BVerfG, BVerfGE, Bd. 12, S. 341(347); BAG, AP Nr. 20, 25 zu Art. 12 GG; AP Nr. 1 zu Art. 6 GG; s. auch den ersten Abschnitt der Arbeit oben, S. 6 ff., 12 ff.

137) Über die spätere Herausbildung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips s. oben, S. 100 ff., 108 ff., 113 ff., 118 f.

berücksichtigen können. So ist zu erklären, daß die sozialen und wirtschaftlichen Schwierigkeiten, die für den Arbeitnehmer die in der Regel eingreifende Totalnichtigkeit als Folge der Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages gemäß § 139 BGB bringt, vom Gesetzgeber im Jahr 1896 nicht erkannt worden sind und nicht erkannt werden konnten.

Diese Feststellung bedeutet jedoch noch nicht, daß damit bereits die Lückenhaftigkeit des § 139 BGB festgestellt ist. Der methodische Weg für die Feststellung einer Gesetzeslücke in Bezug auf die hier untersuchte Fallgruppe im Anwendungsbe-
reich des § 139 BGB kann nämlich, soweit er sich auf den Boden einer strikten subjektiven Auslegungsmethode ¹³⁸⁾ bewegt, die nach dem Willen des historischen Gesetzgebers fragt, nicht weiter führen. Dies folgt daraus, daß sich eine möglicherweise in § 139 BGB bestehende Lückenhaftigkeit nicht ursprünglich bei seiner Normierung, sondern erst nachträglich durch die sprunghafte Änderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und insbesondere durch die Herausbildung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips ergeben konnte. Vielmehr muß der "veredelten subjektiven Auslegungstheorie" ¹³⁹⁾ gefolgt werden, nach der nicht auf den historisch ersten Willen des Normgebers, sondern auf den erkennbaren letzten Willen abgestellt werden muß ¹⁴⁰⁾. Gemäß dieser modifizierten Form der subjektiven Auslegungstheorie ist nun nach dem Willen des heutigen Gesetzgebers zu fragen.

Wenn der heutige Gesetzgeber vor der Entscheidung stünde, die Teilnichtigkeitsfolgen für die Verletzung von Schutzgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts neu zu regeln, hätte er den § 139 BGB für unanwendbar erklärt, weil er dabei das arbeitsrechtliche Schutzprinzip hätte berücksichtigen müssen. Dies ist einleuchtend, denn niemand kann annehmen, daß das, was mit der einen Hand gegeben wurde - nämlich der Schutz

¹³⁸⁾ Siehe die Literaturhinweise oben, S. 112, Fußn. 87

¹³⁹⁾ Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 130; vgl. auch Stammer, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 616

¹⁴⁰⁾ Nawiasky, a.a.O., S. 130

des Arbeitnehmers durch das Arbeitnehmerschutzrecht - mit der anderen Hand - nämlich durch eine Regelung der im Zweifel eintretenden Totalnichtigkeit - wieder genommen wird.

Die Richtigkeit dieser Annahme folgt auch aus dem Tarifvertragsrecht, bei dessen Anwendung, im Hinblick auf den Schutzzweck der Tarifnormen ¹⁴¹⁾, keine Totalnichtigkeit des vom Tarif abweichenden Einzelarbeitsvertrages eintritt. Eine weitere Stütze findet die hier vertretenen Auffassung über einen eventuellen Willen des heutigen Gesetzgebers in der Regelung des Teilnichtigkeitsproblem im Arbeitsvermittlungsrecht ¹⁴²⁾. Der Gesetzgeber hat sich nämlich in § 10 AUG ¹⁴³⁾ zur ausschließlichen Restgültigkeit zugunsten des Arbeitnehmers bekannt, die hier aufgrund der Eigentümlichkeit des Dreiecksverhältnisses zwischen Entleiher, Verleiher und Leiharbeiter in der Form eines fingierten Arbeitsverhältnisses zwischen dem Entleiher und dem Leiharbeiter zum Ausdruck kommt.

Auf der Grundlage der veredelten subjektiven Auslegungstheorie ergibt sich also, daß § 139 BGB für die hier untersuchte Fallgruppe lückenhaft ist.

Neben der subjektiven Auslegungstheorie wird zum Teil auch die objektive ¹⁴⁴⁾ Auslegungstheorie vertreten ¹⁴⁵⁾. Diese fragt nach dem Willen des Gesetzes. Man braucht hier nicht für oder

141) Mittelbarerweise durch § 4 Abs. 1 TVG; s. auch oben, S. 86 f.

142) Z.B. falls der Verleiher ohne die erforderliche Erlaubnis Arbeitsvermittlung betreibt.

143) Siehe BGBI 1972, Nr. 83, S. 1395/1396

144) Vgl. Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 214 ff.; Esser, Grundsatz und Norm, S. 256 f.; Lehmann-Hübner, Allg. Teil, § 8 II 3 b, S. 61; Canaris, Die Feststellung von Lücken, Fußn. 100, S. 39; Dahm, Deutsches Recht, § 8 V, S. 45; s. auch das BVerfG, BVerfGE, Bd. 1, S. 299 (312)

145) Abgesehen von vermittelnden Theorien. Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 296 ff.; Esser, Vorverständnis, S. 125 ff.; Zimmermann (mehrstufige Rechtsfindung, NJW 1954, S. 1628 ff.) und Bender (JZ 1957, S. 593 ff.) vertreten die sog. mehrstufige oder progressive Rechtsfindungsmethode; Mennicken, Das Ziel der Auslegung, S. 78 ff., 106; s. bei Mennicken (a.a.O., S. 53 ff.) vollständige Angabe aller vermittelnden Ansichten.

gegen eine der beiden Methoden ¹⁴⁶⁾ Stellung zu nehmen, weil beide Methoden, wie sich im folgenden herausstellen wird, hinsichtlich der untersuchten Fallgruppe zu dem gleichen Ergebnis führen. Im übrigen muß berücksichtigt werden, daß es nicht an Stimmen fehlt, die den Theorienstreit zwischen subjektiver und objektiver Auslegungstheorie für ein "echtes Grundproblem" ¹⁴⁷⁾ und für unlösbar halten.

Im folgenden soll das auf der Grundlage der veredelten subjektiven Auslegungstheorie gewonnene Ergebnis mit Hilfe der objektiven Methode überprüft werden.

Im Wortlaut des § 139 BGB ist eine Gesetzeslücke nicht feststellbar, weil das Gesetz eine erschöpfende Antwort gibt.

Erst durch die Erforschung des der Vorschrift immanenten Sinnes und Zweckes ergibt sich möglicherweise ihre Lückenhaftigkeit. Die Zielsetzung des Gesetzes in § 139 BGB, seine ratio oder immanente Teleologie ¹⁴⁸⁾ besteht zweifelsfrei darin, dem Prinzip der Privatautonomie Geltung zu verschaffen. Der Wille der Parteien soll maßgebend sein, welche Folge die Teilnichtigkeit ihres Rechtsgeschäfts nach sich zieht ¹⁴⁹⁾.

146) Siehe kritische Darstellung der beiden Auslegungstheorien bzw. -methoden bei Larenz, Methodenlehre, S. 296 ff.; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 54, § 56, S. 324 ff.; Siebert, Die Methode der Gesetzesauslegung, S. 9/10, S. 40 ff.; Engisch, Einführung, S. 87 ff.; Dahm, Deutsches Recht, § 8 V, S. 43 ff.; Bender, Zur Methode der Rechtsfindung, JZ 1957, S. 593 ff.; vor allem s. neuerdings Mennicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, S. 19 ff.

147) So Engisch, Einführung, S. 96; diese Ansicht wird auch von Siebert (Methode der Gesetzesauslegung, S. 7, Fußn.2) geteilt; vgl. ferner Herschel (Die Auslegung der Tarifvertragsnormen, in: Festschrift für Molitor, S. 172/173), der die Schwierigkeit der Auswahl der Methode mit der "Aufgabe der Quadratur des Zirkels" vergleicht!

148) Zu diesem Ausdruck vgl. Larenz, Methodenlehre S. 315 ff., 354

149) Weil man auch mit der objektiven Auslegungstheorie die Situation bei der Schaffung des Gesetzes nicht außer acht lassen kann, sind auch hier - nun aber vom Blickwinkel der objektiven Theorie - die Feststellungen, die bei der Erforschung der Gesetzesmaterialien gemacht wurden, von Bedeutung. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird darauf verwiesen, s. oben, S. 25 ff., 28 f.

Wenn man nun das arbeitsrechtliche Schutzprinzip dem Prinzip der Privatautonomie und damit dem Sinn und Zweck des § 139 BGB gegenüber stellt, so ist es gerechtfertigt, das arbeitsrechtliche Schutzprinzip, soweit es sich um teilnichtige Arbeitsverträge handelt, die wegen Verletzung von Schutzgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts entstanden sind, dem Prinzip der Privatautonomie vorzuziehen. Das ganze Arbeitnehmerschutzprinzip mit der zwingenden Ausgestaltung seiner Bestimmung ist als ein Ausdruck des Vorrangs des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips vor dem Prinzip der Privatautonomie zu betrachten. Eine Totalnichtigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrags wäre aber mit dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip unvereinbar. Obgleich nun das arbeitsrechtliche Schutzprinzip dem Prinzip der Privatautonomie vorgeht, hat das Gesetz in § 139 BGB nur das letztere berücksichtigt, während es das arbeitsrechtliche Schutzprinzip völlig außer acht gelassen hat. Dies erklärt sich, wie bereits gesagt, aus der Tatsache, daß sich dieses rechtsethische Prinzip erst nach dem Erlaß des BGB herausgebildet hat ¹⁵⁰⁾. Eine ausdrückliche Regelung für die hier untersuchte Sachverhaltsgruppe, die das arbeitsrechtliche Schutzprinzip berücksichtigt, läßt also das Gesetz in § 139 BGB vermissen. Auch das BGB enthält keine Bestimmung, die die Anwendung des § 139 BGB für die Fallgruppe von teilnichtigen Arbeitsverträgen aufgrund Verletzung von Verbotsgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts einschränkt. Hieraus ergibt sich die Lückenhaftigkeit des § 139 BGB für den besonderen Tatbestand bei Schutzgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts. Aus all dem folgt, daß die objektive Auslegungsmethode zu dem gleichen Ergebnis wie die veredelte subjektive Methode führt.

150) Siehe oben, S. 100 ff., 108 ff., 113 ff., 118 f.

IV. Ergebnis

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß das Gesetz in § 139 BGB den hier untersuchten Sonderfall der Teilnichtigkeit im Arbeitnehmerschutzrecht, das vom arbeitsrechtlichen Schutzprinzip beherrscht ist, nicht von seiner speziellen Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen ausgeschlossen hat, obwohl das aufgrund seiner immanenten Teleologie erforderlich gewesen wäre. Eben das Fehlen einer "negativen Gestaltungsanordnung"¹⁵¹⁾, die das arbeitsrechtliche Schutzprinzip berücksichtigen würde¹⁵²⁾, ist der Grund für die Lückenhaftigkeit des Gesetzes in § 139 BGB. Der § 139 BGB ist deshalb in Bezug auf die Regelung der Teilnichtigkeitsfolgend für Arbeitsverträge, die eine Verletzung von Arbeitnehmerschutzgesetzen enthalten, "planwidrig"¹⁵³⁾ unvollständig. Der Wortlaut des § 139 BGB ist zu weit gefaßt. Durch die Beschränkung des Gesetzeswortlauts - d.h. durch seine Restriktion¹⁵⁴⁾ bzw. teleologische Reduktion¹⁵⁵⁾ - wird erreicht, daß die Bestimmung des § 139 BGB in Einklang mit ihrem Sinn und Zweck kommt. Die in § 139 BGB festgestellte Gesetzeslücke stellt eine verdeckte¹⁵⁶⁾, sekundäre¹⁵⁷⁾ und unbewußte¹⁵⁸⁾ Gesetzeslücke dar.

151) Larenz, Methodenlehre, S. 355, 357

152) Vgl. auch grundlegend Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 59 I, S. 345

153) Vgl. darüber, Engisch, Einführung, S. 138; Larenz, Methodenlehre, S. 358; Dahm, Deutsches Recht, § 9 I 2, S. 50; eingehend Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 31-40; kritisch zu diesem Begriff Esser, Vorverständnis, S. 174 ff.

154) Dieser Terminus wird von Enneccerus-Nipperdey (Allg. Teil I, § 59 I, S. 344, II, S. 347) verwendet.

155) Dieser Terminus wird von Larenz (Methodenlehre, S. 369) verwendet.

156) Siehe darüber für alle Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 136/137; Larenz, Methodenlehre, S. 355 ff.

157) Siehe darüber für alle Engisch, Einführung, S. 134/135

158) Siehe darüber für alle Larenz, Methodenlehre, S. 358; Canaris, a.a.O., S. 134/135

§ 10 Ausfüllung der Gesetzeslücke in § 139 BGB durch die ausschließliche Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages

Der Feststellung einer Gesetzeslücke muß nun die Ausfüllung der Lücken folgen.

Es wurde zur Grundlage des hier verfolgten methodischen Vorgehens für die Feststellung der Lückenhaftigkeit des § 139 BGB das arbeitsrechtliche Schutzprinzip gemacht. Dieses ist aber als allgemeines Rechtsprinzip ohne unmittelbare normative Kraft. Daraus folgt, daß das arbeitsrechtliche Schutzprinzip auch nicht unmittelbar die notwendige Lückenausfüllende Norm liefern kann. Dieses Hindernis kann durch Konkretisierung¹⁾ des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips in einer für die Lückenergänzung praktischen Weise überwunden werden.

Die Frage ist konkret, wie die Folgen der entstandenen Teilnichtigkeit geregelt werden können. Es ist davon auszugehen, daß, auf welche Weise man auch immer zu einer Lösung zu kommen sucht, am Ende nur das Ergebnis lauten kann: Totalnichtigkeit oder Restgültigkeit. Die Antwort auf die gestellte Frage kann also nur in der Anwendung einer der beiden denkbaren Regelungen der Teilnichtigkeitsfolgen liegen, die auch hier als Lösungsmöglichkeiten geprüft werden müssen. Es ist ein Vorteil der hier verfolgten Methode zur Fortbildung des Gesetzes in § 139 BGB, daß zwischen der Lückenfeststellung und Lückenfüllung eine enge Wechselwirkung besteht. Manchmal wird sogar bei der Behandlung der abändernden Rechtsfindung durch Restriktion bzw. teleologische Reduktion nicht streng zwischen den beiden Momenten unterschieden²⁾. Das erklärt sich aus der Eigenart³⁾ der abändernden Rechtsfindung durch teleologische Reduktion. Sie dient nämlich manchmal einerseits als Mittel zur Feststellung der Gesetzeslücke und andererseits auch zu ihrer Ausfüllung.⁴⁾ Vorliegend

1) Vgl. Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 144 ff., insbesondere, S. 160 ff.; s. ferner Larenz, Methodenlehre, S. 372 f.; Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 58 III, S. 342/343.

2) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, S. 360 ff., 365, 369 ff.

3) Vgl. auch Englisch, Einführung, Fußn. 181, S. 261.

4) Siehe aber über die Notwendigkeit einer strengen methodischen Trennung zwischen den beiden Vorgängen, oben, S. 79 ff.

kann aber die Feststellung und Ausfüllung der Gesetzeslücke nicht in einem Vorgang zusammenfallen, weil hier entsprechend der Terminologie von Canaris eine Prinziplücke ⁵⁾ vorliegt. Als Maßstab für die Lückenfeststellung war hier nämlich ein allgemeines Rechtsprinzip herangezogen worden: das arbeitsrechtliche Schutzprinzip.

Es ist aber nicht zu leugnen, daß auch hier die erwähnte enge Wechselwirkung zwischen Lückenfeststellung und Lückenausfüllung besteht. Bereits aus dem Nachweis der Lückenhaftigkeit des § 139 BGB ergibt sich die "Richtung" ⁶⁾ der erforderlichen Fortbildung zur Ausfüllung der festgestellten Lücke. Es wird nämlich hier - nun aber zum Zweck der Lückenschließung - eine Gesamtwertung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips und des dem § 139 BGB immanenten Sinnes und Zweckes vorgenommen, mit dem Ergebnis, daß dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip der Vorrang vor dem in § 139 BGB zum Ausdruck kommenden Prinzip der Privatautonomie gebührt. Die Gedankengänge sind dieselben wie bei der Lückenfeststellung, auf die verwiesen wird ⁷⁾. Die Vorrangigkeit des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips - hier bei dem Vorgang der Lückenausfüllung - ist umso mehr offensichtlich, will man der Feststellung der Lückenhaftigkeit des § 139 BGB einen Sinn geben; sie würde fragwürdig erscheinen, wenn man für die Lückenschließung auf eine Regelung, wie sie § 139 BGB selbst enthält, zurückgreifen würde. Dadurch ist aber eine sehr wichtige Vorentscheidung getroffen. Es wird nämlich die Totalnichtigkeit und die Berücksichtigung des Prinzips der Privatautonomie bei der Lückenausfüllung ausgeschlossen. Die gesuchte lückenausfüllende Norm ⁸⁾ kann also nur in der Anordnung der ausschließlichen Restgültigkeit bestehen. Dies be-

5) Siehe Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 139 ff.

6) Vgl. auch Canaris, a.a.O., Fußn. 123, S. 93/94, S. 161, 202

7) Siehe oben, S. 120 ff.

8) Es sei hier bemerkt, daß die Auslegungsmethode zur Ermittlung der lückenausfüllenden Norm gegenwartsbezogen sein muß. Nur die jetzt geltenden Gesetze können dafür maßgebend sein. Dies gilt auch für die subjektive Auslegungstheorie. Vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allg. Teil I, § 59 III, S. 349, § 58 II, III, S. 339 ff.

stätigt sich auch, wenn man die Gesetze, die die Folgen der Teilnichtigkeit bei Verstößen gegen spezielle Arbeitnehmerschutzgesetze bestimmen, heranzieht. Damit sind die oben ⁹⁾ schon angeführten Beispiele von arbeitsrechtlichen Sonderregelungen der Teilnichtigkeitsfolgen bei Verstößen gegen Tarifbestimmungen - § 4 Abs. 1 TVG - und des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes - § 10 AUG - gemeint. Hier ist das arbeitsrechtliche Schutzprinzip im Sinn der ausschließlichen Restgültigkeit verwirklicht. Ein weiteres Beispiel für die Konkretisierung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips ist § 3 Abs. 4 BBildG. Er lautet: Ein Mangel in der Berechtigung, Auszubildende einzustellen oder auszubilden, berührt die Wirksamkeit des Berufsausbildungsvertrags nicht. Gemäß dieser Bestimmung wird also zum Schutze ¹⁰⁾ der Auszubildenden durch die Anordnung der ausschließlichen Restgültigkeit die Gültigkeit des Berufsbildungsvertrags sichergestellt ¹¹⁾. Schließlich kann in diesem Zusammenhang auch der § 74 a Abs. 1 HGB ¹²⁾ genannt werden. Auch hier ist das Schutzprinzip im Sinne der Restgültigkeit der teilnichtigen Wettbewerbsabrede konkretisiert.

Bei allen angeführten Beispielen von arbeitsrechtlichen Sonderregelungen der Teilnichtigkeitsfolgen bei Verletzung von Arbeitnehmerschutzgesetzen hat die hier gesuchte lückenausfüllende Norm den Inhalt gefunden, daß die ausschließliche Restgültigkeit gilt. Überall dort, wo also der Gesetzgeber im Arbeitnehmerschutzrecht die Teilnichtigkeitsfolgen regeln mußte, hat er das arbeitsrechtliche Schutzprinzip in der Weise berücksichtigt, daß ausschließliche Restgültigkeit angeordnet ist. Die rechtliche Situation ist im ganzen Arbeitnehmerschutzrecht die gleiche.

9) Siehe oben, S. 122

10) Siehe auch Herkert, Kommentar zum BBildG, § 3, Rdnr. 8

11) Falls der Einstellungsvertrag mit dem Berufsbildungsvertrag im Sinn von § 139 BGB - Einheitlichkeit, s. oben, S. 23 f. - gekoppelt wäre

12) Vgl. die Erläuterung dieser Bestimmung bei Heymann-Kötter, Kommentar zum HGB, § 74 a Bem. 1 ff.; vgl. ferner A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht, § 38 II a, S. 252 ff.

Deswegen kann man daraus entnehmen, daß die sporadisch im Arbeitnehmerschutzrecht anzutreffenden Teilnichtigkeitsbestimmungen Ausdruck eines allgemeinen Grundsatzes zur Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen im Arbeitnehmerschutzrecht darstellen, dessen Grundlage letztlich im arbeitsrechtlichen Schutzprinzip liegt.

Das Ergebnis ist also, daß hier durch Konkretisierung des arbeitsrechtlichen Schutzprinzips die festgestellte Gesetzeslücke ergänzt wird, in dem Sinn, daß die ausschließliche Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages für den Bereich des Arbeitnehmerschutzrechts gilt. Die ausschließliche Restgültigkeit gilt unabhängig davon, ob die Teilnichtigkeit des Arbeitsvertrages vor oder nach Beginn der Arbeit geltend gemacht wird ¹³⁾. Denn die Verwirklichung des Schutzgedankens des verletzten Gesetzes darf nicht vom Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme abhängig gemacht werden ¹⁴⁾.

Das gefundene Ergebnis könnte folgenden Einwand herausfordern, auf den deshalb hier eingegangen werden soll. Es könnte vorgebracht werden, daß die immer angenommene Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages, wenn Arbeitnehmerschutzgesetze verletzt worden sind, im konkreten Fall der besonders gelagerten Interessenlage des Arbeitgebers nicht gerecht werde, weil der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nur für die Verrichtung der verbotenen Arbeitsart eingestellt habe und sonst keinen anderen Arbeitsplatz zur Verfügung stellen könne.

Ein Beispiel ist der Fall, daß ein Jugendlicher während der Nachtzeit in einem Zeitungsverteilungsgeschäft beschäftigt ist. In solch einem Fall kann dem Arbeitgeber nur durch außerordentliche Kündigung des restgültigen Vertrages aus wichtigem Grund geholfen werden. Ein Mißbrauch dieser Möglichkeit wird dadurch verhindert, daß sie unter gerichtlicher Kontrolle steht. Hat also in dem

13) Ganz h.M., vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 II 1, S. 186; Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 508; Wlotzke-Volze, in Soergel-Siebert, § 611 BGB, Rdnr. 29 mit weiteren Literaturhinweisen.

14) Anders Goost, a.a.O., S. 67. Er geht allg. von einer Betrachtungsweise der ganzen Teilnichtigkeitsproblematik aus, die der besonderen Natur des Arbeitnehmerschutzrechts nicht gerecht wird, s. oben, S. 70

genannten Beispiel das Zeitungsverteilungsgeschäft nur zur Nachtzeit Arbeitsplätze, so ist der Arbeitsvertrag mit dem Jugendlichen mangels gesetzlicher Beschäftigungsmöglichkeit durch die außerordentliche Kündigung auflösbar. Anders wäre zu entscheiden, wenn das Zeitungsverteilungsgeschäft auch am Tag Arbeitsplätze hat.

Eventuelle Unbilligkeiten könnten sich für den Arbeitgeber auch bei Verstoß gegen die Formvorschrift des § 74 HGB ergeben. Es kommt selten vor, daß vom Gesetz ¹⁵⁾ für einzelne Vereinbarungen die Schriftform verlangt wird. Eine solche Ausnahme macht aber § 74 HGB ¹⁶⁾. Gemäß § 74 HGB bedarf die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots zwischen dem Prinzipal und dem Handlungsgehilfen ¹⁷⁾ der Schriftform. Bei §§ 74 ff. HGB handelt es sich um Schutzgesetze ¹⁸⁾ des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren ¹⁹⁾ Sinn. Dies hat nach der hier entwickelten Theorie zur Folge, daß ausnahmsweise, weil die Formverletzung gleichzeitig einen Verstoß gegen ein Schutzgesetz - § 74 HGB - des Arbeitnehmerschutzrechts im weiteren Sinn darstellt, ausschließlich Restgültigkeit des Arbeitsvertrages gilt.

Eine Unbilligkeit kann für den Arbeitgeber dadurch entstehen, daß er einen Arbeitnehmer beschäftigen muß, bei dessen Ausscheiden er keinen Schutz wegen möglichen Wettbewerbsverletzungen des Arbeitnehmers hat.

15) Siehe allgemein oben, S. 14, Fußn. 5

16) Vgl. Heymann-Kötter, Kommentar zum HGB, § 74 HGB, Bem. 5; Schröder, in Regelsberger, Kommentar zum HGB, § 74 HGB, Rdnr. 9, 10, S. 532/533

17) Nach der Wandlung der Rechtsprechung des BAG durch die Grundsatzentscheidung v. 13.9.1969 muß wohl die Schriftform auch für die Wettbewerbsvereinbarungen mit sonstigen Arbeitnehmern beachtet werden; vgl. BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; AP Nr. 23 zu §§ 133 f. GewO; AP Nr. 26 zu § 74 HGB; vgl. ferner Monjau, Die Wettbewerbsverbote, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 7, S. 75 ff. (86/87)

18) Vgl. für alle Monjau, a.a.O., S. 75 ff., 86/87; vgl. ferner Wiedemann, Anm. zu BAG, AP Nr. 24 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel; BAG, AP Nr. 24 (B1. 5/6) zu § 74 HGB

19) Siehe darüber oben, S. 60, 61 ff.

Nikisch ²⁰⁾ will diese Fälle deshalb dadurch lösen, daß er § 139 BGB heranzieht mit der Folge der Totalnichtigkeit. Dieser von Nikisch vertretenen Auffassung kann angesichts der Zugehörigkeit des § 74 HGB zum Arbeitnehmerschutzrecht im weiteren Sinn, aber auch vom Ergebnis her, nicht beigespflichtet werden. Wenn sich der Formmangel nach Arbeitsaufnahme herausstellt, hilft dem Arbeitgeber hinsichtlich des Schutzes seiner Betriebsgeheimnisse die Annahme der Totalnichtigkeit nichts mehr: der Arbeitnehmer kennt sie schon. Es ist also hier festzustellen, daß für diesen Zeitraum die von Nikisch für die Anwendung des § 139 BGB zum Schutz der Betriebsgeheimnisse des Arbeitgebers vorgenommene Wertung entfällt. Es bleibt der Fall zu untersuchen, in dem der Formmangel vor Beginn der Arbeit entdeckt wird. Dann sind in der Tat die Bedenken von Nikisch ²¹⁾ hinsichtlich der Gefährdung der Arbeitgeberinteressen berechtigt. Hier erscheint die Restgültigkeit des wegen Formverstoßes gegen § 74 HGB teilnichtigen Vertrages im konkreten Fall unbillig. Das Schutzbedürfnis des Arbeitgebers kann man aber mit Hilfe des § 626 BGB, der die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund regelt, weitgehend berücksichtigen und so drohende Nachteile aufgrund der Restgültigkeit abwenden. Wenn sich nämlich der Arbeitnehmer weigert, der Aufforderung des Arbeitgebers zum Abschluß einer nach Lage der Dinge gerechtfertigten neuen Wettbewerbsklausel unter Beachtung der gesetzlichen Form des § 74 HGB nachzukommen, liegt darin ein Verhalten des Arbeitnehmers, das den Arbeitgeber zur außerordentlichen Kündigung berechtigt ²²⁾. Es bleibt also festzuhalten, daß auch bei Verletzung von § 74 HGB die Regel der ausschließlichen Restgültigkeit nicht zu unangemessenen Ergebnissen führt.

20) Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 IV 5, S. 192 und Fußn. 65; ihm folgt auch Scholz, a.a.O., S. 30/31; für die Zeit vor Beginn der Arbeit auch Eberth, a.a.O., S. 85, Fußn. 318

21) Siehe Nikisch, Arbeitsrecht I, § 23 IV 5, Fußn. 65, S. 192

22) Vor Beginn der Arbeit ist eine außerordentliche Kündigung zulässig. Vgl. A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 56 VII 2, S. 555/556; Nikisch, Arbeitsrecht I, § 48 III 3, S. 698; BAG, BAGE, Bd. 16, S. 204, Leitsatz 1

§ 11 Ergänzung der entstandenen Arbeitsvertragslücke

Der Verstoß gegen Gesetze des Arbeitnehmerschutzrechts hat, wie gezeigt, zur Folge, daß der Teil des Arbeitsvertrages, der den Verstoß enthält ex tunc ¹⁾ nichtig wird, während der übrige Teile aufgrund der ausschließlichen Restgültigkeit erhalten bleibt. Damit stellt sich die Frage, was an die Stelle des weggefallenen Arbeitsvertragsteils treten soll.

Sie kann nicht einheitlich beantwortet werden.

Die nichtige Klausel kann ersatzlos wegfallen, z.B. in den Fällen, in denen eine Zölibatsklausel ²⁾ vereinbart wurde. Hierher gehören auch alle zwingenden Bestimmungen mit negativer Wirkung, die den Abschluß bestimmter Vereinbarungen verhindern sollen.

In anderen Fällen tritt an die Stelle der nichtigen Vereinbarung eine Vereinbarung mit dem gesetzlich zulässigen Inhalt. So treten an die Stelle einer vertraglichen Vereinbarung eines jugendlichen Arbeitnehmers mit seinem Arbeitgeber, nachts zu arbeiten, die Bestimmungen des JArbSchG mit der Folge, daß der jugendliche Arbeitnehmer nur tagsüber beschäftigt wird. Ähnlich ist der - allerdings kaum vorkommende - Fall zu beurteilen, in dem der Arbeitsvertrag deshalb teilnichtig geworden ist, weil der Arbeitgeber mit der Arbeitnehmerin trotz des Verbots des § 16 AZO die Verrichtung von Arbeit unter Tage vereinbart hat. Auch hier scheidet die nach § 16 AZO nichtige Abrede aus und der Arbeitgeber muß gemäß der hier vertretenen Auffassung über die Restgültigkeit des teilnichtigen Arbeitsvertrages die Arbeitnehmerin weiter, aber mit zulässigen Arbeiten über Tage - z.B. in den Aufbereitungsanlagen oder mit Büroarbeiten - beschäftigen. Allgemein ersetzen alle Bestimmungen, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses zwingend regeln, automatisch die weggefallene

1) Gemäß der allgemeinen Nichtigkeitsbestimmungen des BGB, s. oben, S. 56 f.

2) Vgl. die Beispiele oben, S. 68/69

nichtige Abrede. Auch kollektivrechtliche ³⁾ Vereinbarungen können, soweit vorhanden, die durch die Teilnichtigkeit entstandene Lücke des Arbeitsvertrages schließen. In Einzelfällen läßt sich in Ermangelung entsprechender gesetzlicher oder kollektivrechtlicher Bestimmungen die Arbeitsvertragslücke auch durch entsprechende Heranziehung der Regeln über die ergänzende Vertragsauslegung ⁴⁾ ausfüllen.

Schlußbetrachtung

§ 12 Vorschläge zur Änderung des § 139 BGB

I. Allgemeines

In den vorangegangenen Abschnitten dieser Arbeit wurde versucht, das Teilnichtigkeitsproblem de lege lata zu lösen. Es ging darum, im Rahmen des geltenden Rechts ohne Gesetzesänderung und unter Beachtung der Grundsätze der Gesetzesauslegung im weiteren Sinn einen Weg zu finden, der zu angemessenen Ergebnissen bei der Anwendung des § 139 BGB im Individualarbeitsrecht führt. § 139 BGB hat sich für das Arbeitnehmerschutzrecht als lückenhaft erwiesen. Angesichts der Möglichkeit, daß in Deutschland in nächster Zeit der Gesetzgeber im Hinblick auf die Kodifizierung des Arbeitsrechts tätig wird ¹⁾, erscheint es angebracht, eine neue Regelung der Teilnichtigkeitsbestimmung des § 139 BGB für die zukünftige Arbeitsrechtskodifikation vorzuschlagen.

3) Vgl. auch A. Hueck, in Hueck-Nipperdey, Arbeitsrecht I, § 32 II 1, S. 186, Nikisch, Arbeitsrecht I, § 20 IV 5, S. 192

4) Siehe auch oben, S. 57/58

1) Vgl. den Beschluß vom 9.12.1959 des Bundestages über die "Einleitung der Vorarbeiten" zur Kodifizierung eines Arbeitsrechts. Siehe darüber Römer, Für und Wider ein Gesetzbuch der Arbeit, AuR 1970, S. 141 ff.; Söllner, Arbeitsrecht, § 1 III, S. 15; Ramm, Arbeitsgesetzbuch und politische Entscheidung, ZRP 1972, S. 13-19

II. Verschiedene Vorschläge

In der Vergangenheit fehlte es nicht an Bestrebungen, den Teilnichtigkeitsparagrafen zu reformieren. Viele Autoren sehen in einer Umgestaltung des § 139 BGB durch den Gesetzgeber die einzige Möglichkeit, die Schwierigkeiten, die sich aus § 139 BGB und seinem Grundsatz der Totalnichtigkeit ergeben, zu beseitigen. Die de lege ferenda vertretenen Auffassungen gehen aber auseinander.

Potthoff ²⁾ empfahl im Jahre 1921 dem Gesetzgeber ausdrücklich vorzuschreiben, daß, wenn einzelne Bestimmungen des Arbeitsvertrages gegen zwingende Schutzgesetze oder Verordnungen verstoßen, nicht der ganze Vertrag aufzuheben sei, sondern sein Inhalt sich den Rechtsvorschriften gemäß ändern solle. Dieser Vorschlag enthält einen guten Ansatzpunkt bezüglich der Verletzung von Schutzgesetzen des Arbeitnehmerschutzrechts. In Bezug auf die anderen Nichtigkeitsnormen ist zu vermuten, daß er es bei der Teilnichtigkeitsregelung des § 139 BGB belassen wollte.

Der im Jahre 1923 veröffentlichte Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsrechts schlug in § 8 die Umkehr der Vermutung des § 139 BGB vor. § 8 bestimmte: ³⁾ "Ist ein Teil des Arbeitsvertrages nichtig, so bleibt im Zweifel der übrige Vertrag gültig. Er ist so zu ergänzen, wie ihn die Beteiligten bei Beachtung der zur Nichtigkeit führenden Rechtsvorschriften mutmaßlich abgeschlossen hätten". Daß allein die Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB, wie es dieser Vorschlag macht, das Teilnichtigkeitsproblem nicht befriedigend zu lösen vermag, ist schon oben ⁴⁾ eingehend erörtert worden.

Der im Jahre 1938 von der Akademie für Deutsches Recht veröffentlichte Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis forderte

2) Potthoff, JW 1921, S. 1286; Eberth, a.a.O., S. 111, vgl. dessen de lege ferenda Empfehlung, die in die gleiche Richtung wie die von Potthoff geht.

3) Abgedruckt in: Europäisches Arbeitsrecht von Molitor-Nipperdey, Schott Bd. 3, S. 160

4) Siehe oben, S. 73; vgl. auch die zutreffenden Ausführungen von Goost (a.a.O., S. 24 ff.) zu dieser Bestimmung des Entwurfs.

in § 11 die ausschließliche Restgültigkeit des Arbeitsvertrages, wenn ein "den Schutz des Gefolgsmannes bezweckendes Gesetz"⁵⁾ verletzt wurde. Diese Regelung der Teilnichtigkeitsfolgen ähnelt dem Vorschlag von Potthoff. § 11 Satz 2 sah für den Fall des Lohnwuchers⁶⁾ die Restgültigkeit ausdrücklich vor.

Festzuhalten ist, daß alle diese Vorschläge durch den gemeinsamen Gedanken gekennzeichnet sind, durch passende Formulierungen neu vorgeschlagener Teilnichtigkeitsbestimmungen zur Restgültigkeit zu gelangen.

III. Eigener Vorschlag

M.E. ist für die geplante Kodifikation der arbeitsrechtlichen Vorschriften hinsichtlich der Teilnichtigkeitsfrage die folgende Bestimmung geeignet, das Teilnichtigkeitsproblem im Individualarbeitsrecht weitgehend zu lösen:

Teilnichtige Arbeitsverträge

- 1) Ist ein Teil des Arbeitsvertrages nichtig, so bleibt dieser im übrigen aufrechterhalten, es sei denn, daß er ohne den nichtigen Teil nicht abgeschlossen worden wäre.
- 2) Verstößt ein Teil des Arbeitsvertrages gegen Bestimmungen des Arbeitnehmerschutzrechts, so ist nur dieser Teil nichtig; im übrigen bleibt der Arbeitsvertrag unberührt.

Dieser Vorschlag geht auf die gewonnenen Erkenntnisse der an Hand des § 139 BGB vorgenommenen Untersuchung de lege lata zurück. Durch den ersten Satz, der den Regelfall darstellt, wird allgemein im Individualarbeitsrecht für die Lösung des Teilnichtigkeitsproblems der Grundsatz der Restgültigkeit eingeführt. Dadurch findet das Prinzip der Privatautonomie auch im Rahmen der Teilnichtigkeitsfrage die ihm gebührende Beach-

5) In: Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 8, S. 12, s. auch die Begründung in S. 52

6) Heute dürfte der Fall des Lohnwuchers recht selten sein und er bedarf darüber hinaus keiner besonderen Regelung; s. oben, (S. 15) die Lösung dieses Falles de lege lata.

tung⁷⁾. Die Interessen der beiden Arbeitsvertragsparteien werden gleichmäßig berücksichtigt. Im übrigen wird durch die Einführung des Grundsatzes der Restgültigkeit der "deutlichen Tendenz zur Beschränkung der Gesamtnichtigkeit"⁸⁾ Rechnung getragen.

Im zweiten Absatz wird ausschließlich Restgültigkeit bestimmt, falls die verletzte Nichtigkeitssnorm zu den Schutzgesetzen⁹⁾ des Arbeitnehmerschutzrechts gehört. Es versteht sich von selbst, daß damit sowohl das Arbeitnehmerschutzrecht im engeren wie auch im weiteren Sinn gemeint ist.

7) Vgl. auch Sandrock (AcP, Bd. 159, S. 50⁴), nach dem "die Parteiautonomie als Grundsatz erhalten bleiben" müsse.

8) Mayer-Maly, in: Gedächtnisschrift für Gschnitzer, S. 280 mit Nachweisen; s. über die Vorteile der Umkehrung der Vermutung in § 139 BGB oben, S. 73 ff.

9) Diese These befindet sich in Einklang auch mit entsprechenden Regelungen von ausländischen Rechtsordnungen. Vgl. die Informationen speziell für das Arbeitsrecht bei Sandrock, AcP, Bd. 159, S. 508, Fußn. 83

Lebenslauf

Am 5.3.1942 in Tripolis (Griechenland) geboren.
Nach Besuch der Volksschule und des Knabenlyceums
in Tripolis dort am 30.6.1960 Abitur. Anschlies-
send Studium der Rechtswissenschaften an der Uni-
versität in Athen. Am 30.6.1965 dort Jura-Diplom
der juristischen Fakultät. Vom 15.6.1965 bis 4.8.
1967 Militärdienst. Rechtsreferendar ab 10.10.
1965. Am 30.8.1968 Examen für die Zulassung als
Anwalt in Athen. Am 5.3.1969 in die Anwaltskammer
in Athen aufgenommen.
Studium der Rechtswissenschaften an der Universi-
tät in München von Sommersemester 1968 bis Winter-
semester 1972/1973. Zur Zeit als Anwalt in Athen
tätig.



